

فهرست

﴿ الجزء الأول من كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد للامام ابن رشد ﴾

صحيفة

﴿ تمت ﴾

ترجمة المؤلف منقولة من الديباج

محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد الشهير بالحفيد من أهل قرطبة وقاضي الجماعة بها يكنى أبا الوليد روى عن أبيه أبي القاسم استظهر عليه الموطأ حفظا وأخذ الفقه عن أبي القاسم بن بشكوال وأبي مروان بن مسرة وأبي بكر بن سمحون وأبي جعفر ابن عبد العزيز وأبي عبد الله المازري وأخذ علم الطب عن أبي مروان بن جريول وكانت الدراية أغلب عليه من الرواية ودرس الفقه والاصول وعلم الكلام ولم ينشأ بالاندلس مثله كمالا وعلما وفضلا وكان على شرفه أشد الناس تواضعا وأخفضهم جناحا وعني بالعلم من صغره الى كبره حتى حكي أنه لم يدع النظر ولا القراءة منذ عقل الا ليلة وفاة أبيه وليلة بنائه على أهله وأنه سود فيما صنف وقيد وألف وهذب واختصر نحوا من عشرة آلاف ورقة ومال الى علوم الأوائل وكانت له فيها الامامة دون أهل عصره وكان يفزع الى فتياه في الطب كما يفزع الى فتياه في الفقه مع الحظ الوافر من الاعراب والآداب والحكمة حكي عنه أنه كان يحفظ شعر المتنبي وحبيب وله تآليف جليلة الفائدة منها كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد في الفقه (١) ذكر فيه أسباب الخلاف وعلل وجهه فأفاد وأمتع به ولا يعلم في وقته أنفع منه ولا أحسن سياقا وكتاب الكليات في الطب ومختصر المستصفى في الاصول وكتابه في العربية الذي وسمه بالضروري وغير ذلك تنيف على ستين تأليفا وحمدت سيرته في القضاء بقرطبة وتأثلت له عند الملوك وجاهة عظيمة ولم يصرفها في ترفيع حال ولا جمع مال انما قصرها على مصالح أهل بلده خاصة ومنافع أهل الاندلس وحدث وسمع منه أبو بكر بن جهور وأبو محمد بن حوط الله وأبو الحسن سهل بن مالك وغيرهم وتوفي سنة خمس وتسعين وخمسمائة ومولده سنة عشرين وخمسمائة قبل وفاة القاضي جده أبي الوليد بن رشد بشهر

---

(١) هو هذا الكتاب الذي أبان عن مقدار معرفة الرجل بالشريعة فانه ذكر فيه أقوال فقهاء الامة من الصحابة فمن بعدهم مع بيان مستند كل من الكتاب والسنة والقياس مع الترجيح وبيان الصحيح فخاض في بحر ثجاج ملتطم الامواج واهتدى فيه للسلوك ونظم جواهره في صحائف تلك السلوك فرحمه الله رحمة واسعة

الجزء الاول

عبد الله عيسى محمد الحلبي

من كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد

للشيخ الامام الحافظ الناقد البحر الزاخر أبي الوليد
محمد بن أحمد ابن الامام الشهير حامل لواء المذهب
وحذامه أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي
رحم الله الجميع بمنه وكرمه آمين

طبعت هذه النسخة مقابلة على عدة نسخ من أهمها نسخة سلطان المغرب الأقصى سابقا مولاى (عبد الحفيظ) التى طبعت بمدينة فاس العليا سنة ١٣٢٧ ونسخة خطية استعرناها من حضرة صاحب السعادة أحمد باشا تيمور وهى التى عليها المعول لتبين رجحانها على سواها وقت التصحيح

طبع بمطبعة
مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر
على نفقتهم ونفقة أبناء مولوى محمد بن غلام رسول السورتى فى (بمباى)

رمضان سنة ١٣٣٩ هـ



أما بعد حمد الله بجميع محامده والصلاة والسلام على محمد رسوله وآله وأصحابه فان غرضى فى هذا الكتاب أن أثبت (٧) فيه لنفسى على جهة التذكرة من مسائل الاحكام المتفق عليها والمختلف فيها بأدلتها والتنبيه على نكت الخلاف فيها ما يجرى مجرى الأصول والقواعد لما عسى أن يرد على المجتهد من المسائل المسكوت عنها فى الشرع وهذه المسائل فى الأكثر هى المسائل المنطوق بها فى الشرع أو تتعلق بالمنطوق به تعلقا قريبا وهى المسائل التى وقع الاتفاق عليها أو اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء الاسلاميين من لدن الصحابة رضى الله عنهم الى أن فشا التقليد وقبل ذلك فلنذكر كم أصناف الطرق التى تتلقى منها الأحكام الشرعية وكم أصناف الأحكام الشرعية وكم أصناف الأسباب التى أوجبت الاختلاف بأوجز ما يمكننا فى ذلك فنقول ان الطرق التى منها تلقيت الأحكام عن النبى عليه الصلاة والسلام بالجنس ثلاثة اما لفظ واما فعل واما اقرار وأما ما سكت عنه الشارع من الأحكام فقال الجمهور ان طريق الوقوف عليه هو القياس وقال أهل الظاهر القياس فى الشرع باطل وما سكت عنه الشارع فلا حكم له ودليل العقل يشهد بثبوته وذلك ان الوقائع بين أشخاص الاناسى غير متناهية والنصوص والأفعال والاقرارات متناهية ومحال أن يقابل ما لا يتناهى بما يتناهى وأصناف الألفاظ التى تتلقى منها الأحكام من السمع أربعة ثلاثة متفق عليها ورابع مختلف فيه أما الثلاثة المتفق عليها فلفظ عام يحمل على عمومه أو خاص

(٧) فى نسخة فاس التنبيه لنفسى بدل أن اثبت

يحمل على خصوصه أولفظ عام يراد به الخصوص أولفظ خاص يراد به العموم وفي هذا يدخل التنبيه بالأعلى على الأدنى وبالأدنى على الأعلى وبالمساوى على المساوى فمثال الأول قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير) فان المسلمين اتفقوا على أن لفظ الخنزير متناول لجميع أصناف الخنازير مالم يكن مما يقال عليه الاسم بالاشتراك مثل خنزير الماء ومثال العام يراد به الخاص قوله تعالى (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها) فان المسلمين اتفقوا على أن ليست الزكاة واجبة في جميع أنواع الأموال ومثال الخاص يراد به العام قوله تعالى (فلا تقل لهما أف) وهو من باب التنبيه بالأدنى على الأعلى فانه يفهم من هذا تحريم الضرب والشتم ومافوق ذلك وهذه اما أن يأتي المستدعى بها فعله بصيغة الأمر واما أن يأتي بصيغة الخبر يراد به الأمر وكذلك المستدعى تركه اما أن يأتي بصيغة النهي واما أن يأتي بصيغة الخبر يراد به النهي واذا أتت هذه الألفاظ بهذه الصيغ فهل يحمل استدعاء الفعل بها على الوجوب أو على الندب على ماسيقال في حد الواجب والمندوب اليه أو يتوقف حتى يدل الدليل على أحدهما فيه بين العلماء خلاف مذكور في كتب أصول الفقه وكذلك الحال في صيغ النهي هل تدل على الكراهية أو التحريم أولا تدل على واحد منهما فيه الخلاف المذكور أيضا والأعيان التي يتعلق بها الحكم اما أن يدل عليها بلفظ يدل على معنى واحد فقط وهو الذي يعرف في صناعة أصول الفقه بالنص ولا خلاف في وجوب العمل به واما أن يدل عليها بلفظ يدل على أكثر من معنى واحد وهذا قسمان اما أن تكون دلالته على تلك المعاني بالسواء وهو الذي يعرف في أصول الفقه بالمجمل ولا خلاف في أنه لا يوجب حكما واما أن تكون دلالته على بعض تلك المعاني أكثر من بعض وهذا يسمى بالاضافه الى المعاني التي دلالته عليها أكثر ظاهرا ويسمى بالاضافة الى المعاني التي دلالته عليها أقل محتملا واذا ورد مطلقا حمل على تلك المعاني التي هو أظهر فيها حتى يقوم الدليل على حمله على المحتمل فيعرض الخلاف للفقهاء في أقاويل الشارع لكن ذلك من قبل ثلاثة معان من قبل الاشتراك في لفظ العين الذي علق به الحكم ومن قبل الاشتراك في الألف واللام المقرونة بجنس ذلك العين هل أريد بها الكل أو البعض ومن قبل الاشتراك الذي

فى ألفاظ الأوامر والنواهى وأما الطريق الرابع فهو أن يفهم من ايجاب الحكم لشئ مّا نفى ذلك الحكم عما عدا ذلك الشئ أو من نفى الحكم عن شئ مّا ايجابه لما عدا ذلك الشئ الذى نفى عنه وهو الذى يعرف بدليل الخطاب وهو أصل مختلف فيه مثل قوله عليه الصلاة والسلام فى سائمة الغنم الزكاة فان قوما فهموا منه أن لا زكاة فى غير السائمة وأما القياس الشرعى فهو الحاق الحكم الواجب لشئ مّا بالشرع بالشئ المسكوت عنه لشبهه بالشئ الذى أوجب الشرع له ذلك الحكم أو لعلة جامعة بينهما ولذلك كان القياس الشرعى صنفين قياس شبه وقياس علة والفرق بين القياس الشرعى واللفظ الخاص يراد به العام ان القياس يكون على الخاص الذى أريد به الخاص فيلحق به غيره أعنى أن المسكوت عنه يلحق بالمنطوق به من جهة الشبه الذى بينهما لا من جهة دلالة اللفظ لان الحاق المسكوت عنه بالمنطوق به من جهة تنبيه اللفظ ليس بقياس وانما هو من باب دلالة اللفظ وهذان الصنفان يتقاربان جدا لأنهما الحاق مسكوت عنه بمنطوق به وهما يلتبسان على الفقهاء كثيرا جدا فمثال القياس الحاق شارب الخمر بالقاذف فى الحد والصداق بالنصاب فى القطع وأما الحاق الربويات بالمقتات أو بالمكيل أو بالمطعوم فمن باب الخاص أريد به العام فتأمل هذا فان فيه غموضا والجنس الأول هو الذى ينبغى للظاهرية أن تنازع فيه وأما الثانى فليس ينبغى لها أن تنازع فيه لأنه من باب السمع والذى يرد ذلك يرد نوعا من خطاب العرب * وأما الفعل فانه عند الأكثر من الطرق التى تتلقى منها الأحكام الشرعية وقال قوم الأفعال ليست تفيد حكما اذ ليس لها صيغ والذين قالوا انها تتلقى منها الأحكام اختلفوا فى نوع الحكم الذى تدل عليه فقال قوم تدل على الوجوب وقال قوم تدل على الندب والمختار عند المحققين أنها ان أتت بيانا لمجمل واجب دلت على الوجوب وان أتت بيانا لمجمل مندوب اليه دلت على الندب وان لم تأت بيانا لمجمل فان كانت من جنس القربة دلت على الندب وان كانت من جنس المباحات دلت على الاباحة وأما الاقرار فانه يدل على الجواز فهذه أصناف الطرق التى تتلقى منها الأحكام أو تستنبط وأما الاجماع فهو مستند الى أحد هذه الطرق الأربعة الا أنه اذا وقع فى واحد منها ولم يكن قطعيا نقل الحكم من غلبة الظن الى القطع وليس

الاجماع أصلا مستقلا بذاته من غير استناده الى واحد من هذه الطرق لأنه لو كان كذلك لكان يقتضي اثبات شرع زائد بعد النبي صلى الله عليه وسلم اذ كان لا يرجع الى أصل من الأصول المشروعة وأما المعاني المتداولة المتأدية من هذه الطرق اللفظية للمكلفين فهي بالجملة اما أمر بشئ واما نهي عنه واما تخيير فيه والأمر ان فهم منه الجزم وتعلق العقاب بتركه سمي واجبا وان فهم منه الثواب على الفعل وانتفى العقاب مع الترك سمي ندبا والنهي أيضا ان فهم منه الجزم وتعلق العقاب بالفعل سمي محرما ومحظورا وان فهم منه الحث على تركه من غير تعلق عقاب بفعله سمي مكروها فتكون أصناف الأحكام الشرعية المتلقاة من هذه الطرق خمسة واجب ومندوب ومحظور ومكروه ومخير فيه وهو المباح وأما أسباب الاختلاف بالجنس فستة أحدها تردد الألفاظ بين هذه الطرق الأربع أعني بين أن يكون اللفظ عاما يراد به الخاص أو خاصا يراد به العام أو عاما يراد به العام أو خاصا يراد به الخاص أو يكون له دليل خطاب أو لا يكون له والثاني الاشتراك الذي في الألفاظ وذلك اما في اللفظ المفرد كلفظ القرء الذي ينطلق على الاطهار وعلى الحيض وكذلك لفظ الأمر هل يحمل على الوجوب أو على الندب ولفظ النهي هل يحمل على التحريم أو الكراهية واما في اللفظ المركب مثل قوله تعالى (الا الذين تابوا) فانه يحتمل أن يعود على الفاسق فقط ويحتمل أن يعود على الفاسق والشاهد فتكون التوبة رافعة للفسق ومجيزة شهادة القاذف والثالث اختلاف الاعراب والرابع تردد اللفظ بين حمله على الحقيقة أو حمله على نوع من أنواع المجاز التي هي اما الحذف واما الزيادة واما التقديم واما التأخير واما تردده على الحقيقة أو الاستعارة والخامس اطلاق اللفظ تارة وتقييده تارة مثل اطلاق الرقبة في العتق تارة وتقييدها بالايمان تارة والسادس التعارض في الشيئين في جميع أصناف الالفاظ التي يتلقى منها الشرع الأحكام بعضها مع بعض وكذلك التعارض الذي يأتي في الافعال أو في الاقرارات أو تعارض القياسات أنفسها أو التعارض الذي يتركب من هذه الاصناف الثلاثة أعني معارضة القول للفعل أو للاقرار أو للقياس ومعارضة الفعل للاقرار أو للقياس ومعارضة الاقرار للقياس (قال) القاضي رضي الله عنه واذ قد ذكرنا بالجملة هذه الاشياء فلنشرع فيما قصدنا له مستعينين بالله ولنبدأ

من ذلك بكتاب الطهارة على عاداتهم .

﴿ كتاب الطهارة من الحدث ﴾

فنقول انه اتفق المسلمون على أن الطهارة الشرعية طهارتان طهارة من الحدث وطهارة من الخبث واتفقوا على أن الطهارة من الحدث ثلاثة أصناف وضوء وغسل و بدل منهما وهو التيمم وذلك لتضمن ذلك آية الوضوء الواردة فى ذلك فلنبدأ من ذلك بالقول فى الوضوء فنقول

﴿ كتاب الوضوء ﴾

ان القول المحيط بأصول هذه العبادة ينحصر فى خمسة أبواب الباب الأوّل فى الدليل على وجوبها وعلى من تجب ومتى تجب الثانى فى معرفة أفعالها الثالث فى معرفة مابه تفعل وهو الماء الرابع فى معرفة نواقضها الخامس فى معرفة الأشياء التى تفعل من أجلها

﴿ الباب الأوّل ﴾

فاما الدليل على وجوبها فالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق) الآية فانه اتفق المسلمون على أن امتثال هذا الخطاب واجب على كل من لزمته الصلاة اذا دخل وقتها وأما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام لا يقبل الله صلاة بغير طهور ولا صدقة من غلول وقوله عليه الصلاة والسلام لا يقبل الله صلاة من أحدث حتى يتوضأ وهذان الحديثان ثابتان عند أئمة النقل وأما الاجماع فانه لم ينقل عن أحد من المسلمين فى ذلك خلاف ولو كان هناك خلاف لنقل اذ العادات تقتضى ذلك وأما من تجب عليه فهو البالغ العاقل وذلك أيضا ثابت بالسنة والاجماع أما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام رفع القلم عن ثلاث فذكر الصبى حتى يحتلم والمجنون حتى يفيق وأما الاجماع فانه لم ينقل فى ذلك خلاف واختلف الفقهاء هل من شرط وجوبها الاسلام أم لا وهى مسئلة قليلة الغناء فى الفقه لانها راجعة الى الحكم الأخروى وأما متى تجب فاذا دخل وقت الصلاة أو أراد الانسان الفعل الذى الوضوء شرط فيه وان لم يكن ذلك متعلقا بوقت أما وجوبه عند دخول وقت الصلاة على المحدث فلا خلاف فيه لقوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) الآية فأوجب الوضوء عند القيام الى الصلاة ومن شروط الصلاة دخول الوقت وأما دليل وجوبه

عند ارادة الأفعال التي هو شرط فيها فسيأتي ذلك عند ذكر الاشياء التي يفعل الوضوء من أجلها واختلاف الناس في ذلك

﴿ الباب الثاني ﴾

وأما معرفة فعل الوضوء فالاصل فيه ما ورد من صفته في قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق وامسحوا برؤسكم وأرجلكم الى الكعبين) وما ورد من ذلك أيضا في صفة وضوء النبي صلى الله عليه وسلم في الآثار الثابتة ويتعلق بذلك مسائل اثنتا عشرة مشهورة تجرى مجرى الامهات وهي راجعة الى معرفة الشروط والاركان وصفة الافعال وأعدادها وتعيينها وتحديد محال أنواع أحكام جميع ذلك

﴿المسئلة الاولى من الشروط﴾ اختلف علماء الامصار هل النية شرط في صحة الوضوء أم لا بعد اتفاقهم على اشتراط النية في العبادات لقوله تعالى (وما أمروا الا ليعبدوا الله مخلصين له الدين) ولقوله صلى الله عليه وسلم انما الاعمال بالنيات الحديث المشهور فذهب فريق منهم الى انها شرط وهو مذهب الشافعي ومالك وأحمد وأبي ثور وداود وذهب فريق آخر الى انها ليست بشرط وهو مذهب أبي حنيفة والثوري وسبب اختلافهم تردد الوضوء بين أن يكون عبادة محضة أعني غير معقولة المعنى وانما يقصد بها القربة فقط كالصلاة وغيرها و بين أن يكون عبادة معقولة المعنى كغسل النجاسة فانهم لا يختلفون أن العبادة المحضة مفتقرة الى النية والعبادة المفهومة المعنى غير مفتقرة الى النية والوضوء فيه شبه من العبادتين ولذلك وقع الخلاف فيه وذلك فيه أنه يجمع عبادة ونظافة والفقه أن ينظر بأيهما هو أقوى شبها فيلحق به

﴿المسئلة الثانية من الأحكام﴾ اختلف الفقهاء في غسل اليد قبل ادخالها في اناء الوضوء فذهب قوم الى أنه من سنن الوضوء باطلاق وان تيقن طهارة اليد وهو مشهور مذهب مالك والشافعي وقيل انه مستحب للشاك في طهارة يده وهو أيضا مروي عن مالك وقيل ان غسل اليد واجب على المنتبه من النوم و به قال داود وأصحابه وفرق قوم بين نوم الليل ونوم النهار فأوجبوا ذلك في نوم الليل ولم يوجبوه في نوم النهار و به قال أحمد فتحصل في ذلك أربعة أقوال قول انه

سنة باطلاق وقول انه استحباب للشاك وقول انه واجب على المنتبه من النوم وقول انه واجب على المنتبه من نوم الليل دون نوم النهار والسبب فى اختلافهم فى ذلك اختلافهم فى مفهوم الثابت من حديث أبى هريرة أنه عليه الصلاة والسلام قال اذا استيقظ أحدكم من نومه فليغسل يده قبل أن يدخلها الاناء فان أحدكم لا يدرى أين باتت يده وفى بعض رواياته فليغسلها ثلاثا فمن لم ير بين الزيادة الواردة الواردة فى هذا الحديث على ما فى آية الوضوء معارضة و بين آية الوضوء حمل لفظ الأمر ههنا على ظاهره من الوجوب وجعل ذلك فرضا من فروض الوضوء ومن فهم من هؤلاء من لفظ البيات نوم الليل أوجب ذلك من نوم الليل فقط ومن لم يفهم منه ذلك وانما فهم منه النوم فقط أوجب ذلك على كل مستيقظ من النوم نهارا أوليلا ومن رأى أن بين هذه الزيادة والآية تعارضا اذ كان ظاهر الآية المقصود منه حصر فروض الوضوء كان وجه الجمع بينهما عنده أن يخرج لفظ الأمر عن ظاهره الذى هو الوجوب الى الندب ومن تأكد عنده هذا الندب لمثابرته عليه الصلاة والسلام على ذلك قال انه من جنس السنن ومن لم يتأكد عنده هذا الندب قال ان ذلك من جنس المندوب المستحب وهؤلاء غسل اليد عندهم بهذه الحال اذا تيقن طهارتها أعنى من يقول ان ذلك سنة ومن يقول انه ندب ومن لم يفهم من هؤلاء من هذا الحديث علة توجب عنده أن يكون من باب الخاص أريد به العام كان ذلك عنده مندوبا للمستيقظ من النوم فقط ومن فهم منه علة الشك وجعله من باب الخاص أريد به العام كان ذلك عنده للشاك لأنه فى معنى النائم والظاهر من هذا الحديث أنه لم يقصد به حكم اليد فى الوضوء وانما قصد به حكم الماء الذى يتوضأ به اذ كان الماء مشترطا فيه الطهارة وأما ما نقل من غسله صلى الله عليه وسلم يديه قبل ادخالهما فى الاناء فى أكثر أحيانه فيحتمل أن يكون من حكم اليد على أن يكون غسلها فى الابتداء من أفعال الوضوء ويحتمل أن يكون من حكم الماء أعنى أن لا ينجس أو يقع فيه شك ان قلنا ان الشك مؤثر

﴿ المسئلة الثالثة من الاركان ﴾ اختلفوا فى المضمضة والاستنشاق فى الوضوء على ثلاثة أقوال قول انهما سنتان فى الوضوء وهو قول مالك والشافعى وأبى حنيفة وقول انهما فرض فيه وبه قال ابن أبى ليلى وجماعة من أصحاب داود وقول ان

الاستنشاق فرض والمضمضة سنة وبه قال أبو ثور وأبو عبيد وجماعة من أهل الظاهر وسبب اختلافهم فى كونها فرضا أو سنة اختلافهم فى السنن الواردة فى ذلك هل هى زيادة تقتضى معارضة آية الوضوء أو لا تقتضى ذلك فمن رأى أن هذه الزيادة ان حملت على الوجوب اقتضت معارضة الاية اذ المقصود من الآية تأصيل هذا الحكم وتبيينه أخرجها من باب الوجوب الى باب الندب ومن لم ير أنها تقتضى معارضة حملها على الظاهر من الوجوب ومن استوت عنده هذه الاقوال والافعال فى حملها على الوجوب لم يفرق بين المضمضة والاستنشاق ومن كان عنده القول محمولا على الوجوب والفعل محمولا على الندب فرق بين المضمضة والاستنشاق وذلك ان المضمضة نقلت من فعله عليه الصلاة والسلام ولم تنقل من أمره وأما الاستنشاق فمن أمره عليه الصلاة والسلام وفعله وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا توضأ أحدكم فليجعل فى أنفه ماء ثم لينثر ومن استجمر فليوتر خرجه مالك فى موطئه والبخارى فى صحيحه من حديث أبى هريرة

﴿ المسئلة الرابعة من تحديد المحال ﴾ اتفق العلماء على أن غسل الوجه بالجملة من فرائض الوضوء لقوله تعالى (فاغسلوا وجوهكم) واختلفوا منه فى ثلاثة مواضع فى غسل البياض الذى بين العذار والاذن وفى غسل ما انسدل من اللحية وفى تخليل اللحية فالمشهور من مذهب مالك أنه ليس البياض الذى بين العذار والاذن من الوجه وقد قيل فى المذهب بالفرق بين الأمرد والملتحى فيكون فى المذهب فى ذلك ثلاثة أقوال وقال أبو حنيفة والشافعى هو من الوجه وأما ما انسدل من اللحية فذهب مالك الى وجوب امرار الماء عليه ولم يوجبه أبو حنيفة ولا الشافعى فى أحد قوليه وسبب اختلافهم فى هاتين المسئلتين هو خفاء تناول اسم الوجه لهذين الموضعين أعنى هل يتناولهما أو لا يتناولهما وأما تخليل اللحية فمذهب مالك أنه ليس واجبا وبه قال أبو حنيفة والشافعى فى الوضوء وأوجبه ابن عبد الحكم من أصحاب مالك وسبب اختلافهم فى ذلك اختلافهم فى صحة الآثار التى ورد فيها الامر بتخليل اللحية والأكثر على أنها غير صحيحة مع أن الآثار الصحاح التى ورد فيها صفة وضوئه عليه الصلاة والسلام ليس فى شئ منها التخليل

﴿ المسئلة الخامسة من التحديد ﴾ اتفق العلماء على أن غسل اليدين والذراعين من

فروض الوضوء لقوله تعالى (وأيديكم الى المرافق) واختلفوا فى ادخال المرافق فيها فذهب الجمهور مالك والشافعى وأبو حنيفة الى وجوب ادخالها وذهب بعض أهل الظاهر و بعض متأخرى أصحاب مالك والطبرى الى أنه لا يجب ادخالهما فى الغسل والسبب فى اختلافهم فى ذلك الاشتراك الذى فى حرف الى وفى اسم اليد فى كلام العرب وذلك أن حرف الى مرة يدل فى كلام العرب على الغاية ومرة يكون بمعنى مع واليد أيضا فى كلام العرب تطلق على ثلاثة معان على الكف فقط وعلى الكف والذراع وعلى الكف والذراع والعضد فمن جعل الى بمعنى مع ٧ أو فهم من اليد مجموع الثلاثة الاعضاء أوجب دخولهما فى الغسل ٨ ومن فهم من الى الغاية ومن اليد مادون المرفق ولم يكن الحد عنده داخلا فى المحدود لم يدخلهما فى الغسل وخرج مسلم فى صحيحه عن أبى هريرة أنه غسل يده اليمنى حتى أشرع فى العضد ثم اليسرى كذلك ثم غسل رجله اليمنى حتى أشرع فى الساق ثم غسل اليسرى كذلك ثم قال هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يتوضأ وهو حجة لقول من أوجب ادخالهما فى الغسل لانه اذا تردد اللفظ بين المعنيين على السواء وجب أن لا يصار الى أحد المعنيين الا بدليل وان كانت الى فى كلام العرب أظهر فى معنى الغاية منها فى معنى مع وكذلك اسم اليد أظهر فيما دون العضد منه فيما فوق العضد فقول من لم يدخلهما من جهة الدلالة اللفظية أرجح وقول من أدخلهما من جهة هذا الأثر أبين الا أن يحمل هذا الأثر على الندب والمسئلة محتملة كما ترى وقد قال قوم ان الغاية اذا كانت من جنس ذى الغاية دخلت فيه وان لم تكن من جنسه لم تدخل فيه

﴿ المسئلة السادسة من التحديد ﴾ اتفق العلماء على أن مسح الرأس من فروض الوضوء واختلفوا فى القدر المجزىء منه فذهب مالك الى أن الواجب مسحه كله وذهب الشافعى و بعض أصحاب مالك وأبو حنيفة الى أن مسح بعضه هو الفرض ومن أصحاب مالك من حد هذا البعض بالثلث ومنهم من حده بالثلثين وأما أبو حنيفة فحده بالربع وحد مع هذا القدر من اليد الذى يكون به المسح فقال ان مسحه بأقل من ثلاثة

(٧) هنا فى نسخة فاس بمعنى من

(٨) فيها هنا زيادة لان الى عنده تكون بمعنى من ومبدأ الشىء من الشىء

أصابع لم يجزه وأما الشافعي فلم يحد في الماسح ولا في الممسوح حدا وأصل الاختلاف في هذا الاشتراك الذي في الباء في كلام العرب وذلك انها مرة تكون زائدة مثل قوله تعالى (تنبت بالدهن) على قراءة من قرأ تنبت بضم التاء وكسر الباء من أنبت ومرة تدل على التبعيض مثل قول القائل أخذت بثوبه وبعضده ولا معنى لانكار هذا في كلام العرب أعني كون الباء مبعضة وهو قول الكوفيين من النحويين فمن رآها زائدة أوجب مسح الرأس كله ومعنى الزائدة ههنا كونها مؤكدة ومن رآها مبعضة أوجب مسح بعضه وقد احتج من رجح هذا المفهوم بحديث المغيرة أن النبي عليه الصلاة والسلام توضأ فمسح بناصيته وعلى العمامة خرجه مسلم وان سلمنا أن الباء زائدة بقي ههنا أيضا احتمال آخر وهو هل الواجب الأخذ بأوائل الاسماء أو بأواخرها ﴿المسئلة السابعة من الاعداد﴾ اتفق العلماء على أن الواجب من طهارة الاعضاء المغسولة هو مرة مرة اذا أسبغ وان الاثنين والثلاث مندوب اليهما لما صح أنه صلى الله عليه وسلم توضأ مرة مرة وتوضأ مرتين مرتين وتوضأ ثلاثا ثلاثا ولان الامر ليس يقتضي الا الفعل مرة مرة أعني الامر الوارد في الغسل في آية الوضوء واختلفوا في تكرير مسح الرأس هل هو فضيلة أم ليس في تكريره فضيلة فذهب الشافعي الى أنه من توضأ ثلاثا ثلاثا مسح رأسه أيضا ثلاثا وأكثر الفقهاء يرون أن المسح لا فضيلة في تكريره وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في قبول الزيادة الواردة في الحديث الواحد اذا أتت من طريق واحد ولم يروها الاكثر وذلك ان أكثر الأحاديث التي روى فيها أنه توضأ ثلاثا ثلاثا من حديث عثمان وغيره لم ينقل فيها الا أنه مسح واحدة فقط وفي بعض الروايات عن عثمان في صفة وضوئه أنه عليه الصلاة والسلام مسح برأسه ثلاثا وعضد الشافعي وجوب قبول هذه الزيادة بظاهر عموم ما روى أنه عليه الصلاة والسلام توضأ مرة مرة ومرتين مرتين وثلاثا ثلاثا وذلك ان المفهوم من عموم هذا اللفظ وان كان من لفظ الصحابي هو حمله على سائر أعضاء الوضوء الا أن هذه الزيادة ليست في الصحيحين فان صحت يجب المصير اليها لان من سكت عن شئ ليس هو بحجة على من ذكره وأكثر العلماء أوجب تجديد الماء لمسح الرأس قياسا على سائر الاعضاء وروى عن ابن الماجشون أنه قال اذا نفد الماء مسح رأسه ببلل

لحيته وهو اختيار ابن حبيب ومالك والشافعي ويستحب في صفة المسح أن يبدأ بمقدم رأسه فيمر يديه الى قفاه ثم يردهما الى حيث بدأ على ما في حديث عبد الله بن زيد الثابت وبعض العلماء يختار أن يبدأ من مؤخر الرأس وذلك أيضا مروى من صفة وضوئه عليه الصلاة والسلام من حديث الربيع بنت معوذ الا أنه لم يثبت في الصحيحين

﴿المسئلة الثامنة من تعيين المحال﴾ اختلف العلماء في المسح على العمامة فأجاز ذلك أحمد بن حنبل وأبو ثور والقاسم بن سلام وجماعة ومنع من ذلك جماعة منهم مالك والشافعي وأبو حنيفة وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في وجوب العمل بالأثر الوارد في ذلك من حديث المغيرة وغيره أنه عليه الصلاة والسلام مسح بناصيته وعلى العمامة وقياسا على الخف ولذلك اشترط أكثرهم لبسها على طهارة وهذا الحديث انما رده من رده اما لانه لم يصح عنده واما لان ظاهر الكتاب عارضه عنده أعني الامر فيه بمسح الرأس واما لانه لم يشتهر العمل به عند من يشترط اشتهار العمل فيما نقل من طريق الآحاد وبخاصة في المدينة على المعلوم من مذهب مالك أنه يرى اشتهار العمل وهو حديث خرجه مسلم وقال فيه أبو عمر بن عبد البر انه حديث معلول وفي بعض طرقه أنه مسح على العمامة ولم يذكر الناصية ولذلك لم يشترط بعض العلماء في المسح على العمامة المسح على الناصية اذ لا يجتمع الاصل والبدل في فعل واحد

﴿المسئلة التاسعة من الاركان﴾ اختلفوا في مسح الاذنين هل هو سنة أو فريضة وهل يجدد لهما الماء أم لا فذهب بعض الناس الى أنه فريضة وأنه يجدد لهما الماء وممن قال بهذا القول جماعة من أصحاب مالك ويتأولون مع هذا أنه مذهب مالك لقوله فيهما انهما من الرأس وقال أبو حنيفة وأصحابه مسحهما فرض كذلك (١) الا انهما يمسحان مع الرأس بماء واحد وقال الشافعي مسحهما سنة ويجدد لهما الماء وقال بهذا القول جماعة أيضا من أصحاب مالك ويتأولون أيضا أنه قوله لما روى عنه أنه قال حكم مسحهما حكم المضمضة وأصل اختلافهم في كون مسحهما سنة أو فرضا اختلافهم في الآثار الواردة بذلك أعني مسحه عليه الصلاة والسلام أذنيه هل هي

(١) انظر هذا فان المقرر في مذهب أبي حنيفة ان مسحهما سنة لا فرض

زيادة على ما فى الكتاب من مسح الرأس فيكون حكمهما أن يحمل على الندب لمكان التعارض الذى يتخيل بينها وبين الآية ان حملت على الوجوب أم هى مبينة للجمل الذى فى الكتاب فيكون حكمهما حكم الرأس فى الوجوب فمن أوجبهما جعلها مبينة لمجمل الكتاب ومن لم يوجبهما جعلها زائدة كالمضمضة والآثار الواردة بذلك كثيرة وان كانت لم تثبت فى الصحيحين فهى قد اشتهر العمل بها وأما اختلافهم فى تجديد الماء لهما فسببه تردد الأذنين بين أن يكونا عضوا مفردا بذاته من أعضاء الوضوء أو يكونا جزأ من الرأس وقد شذ قوم فذهبوا الى انهما يغسلان مع الوجه وذهب آخرون الى انه يمسح باطنهما مع الرأس و يغسل ظاهرهما مع الوجه وذلك لتردد هذا العضو بين أن يكون جزأ من الوجه أو جزأ من الرأس وهذا لا معنى له مع اشتهار الآثار فى ذلك بالمسح واشتهار العمل به والشافعى يستحب فيهما التكرار كما يستحبه فى مسح الرأس

﴿ المسئلة العاشرة من الصفات ﴾ اتفق العلماء على ان الرجلين من أعضاء الوضوء واختلفوا فى نوع طهارتهما فقال قوم طهارتهما الغسل وهم الجمهور وقال قوم فرضهما المسح وقال قوم بل طهارتهما تجوز بالنوعين الغسل والمسح وان ذلك راجع الى اختيار المكلف وسبب اختلافهم القراءتان المشهورتان فى آية الوضوء أعنى قراءة من قرأ وأرجلكم بالنصب عطفا على المغسول وقراءة من قرأ وأرجلكم بالخفض عطفا على الممسوح وذلك أن قراءة النصب ظاهرة فى الغسل وقراءة الخفض ظاهرة فى المسح كظهورتلك فى الغسل فمن ذهب الى ان فرضهما واحد من هاتين الطهارتين على التعيين اما الغسل واما المسح ذهب الى ترجيح ظاهر احدى القراءتين على القراءة الثانية وصرف بالتأويل ظاهر القراءة الثانية الى معنى ظاهر القراءة التى ترجحت عنده ومن اعتقد ان دلالة كل واحدة من القراءتين على ظاهرها على السواء وانه ليست احداهما على ظاهرها أدل من الثانية على ظاهرها أيضا جعل ذلك من الواجب المخير ككفارة اليمين وغير ذلك و به قال الطبرى وداود وللجمهور تأويلات فى قراءة الخفض أجودها ان ذلك عطف على اللفظ لا على المعنى اذ كان ذلك موجودا فى كلام العرب مثل قول الشاعر

(لعب الزمان بها وغيرها * بعدى سوافى المور والقطر)
بالخفض ولو عطف على المعنى لرفع القطر وأما الفريق الثانى وهم الذين أوجبوا المسح
فانهم تأولوا قراءة النصب على انها عطف على الموضع كما قال الشاعر
* فلسنا بالجبال ولا الحديدا * وقد رجح الجمهور قراءتهم هذه بالثابت عنه عليه
الصلاة والسلام اذ قال فى قوم لم يستوفوا غسل أقدامهم فى الوضوء ويل للأعقاب من
النار قالوا فهذا يدل على ان الغسل هو الفرض لان الواجب هو الذى يتعلق بتركه
العقاب وهذا ليس فيه حجة لانه انما وقع الوعيد على أنهم تركوا أعقابهم دون غسل
ولا شك ان من شرع فى الغسل ففرضه الغسل فى جميع القدم كما أن من شرع
فى المسح ففرضه المسح عند من يخير بين الامرين وقد يدل على هذا ما جاء فى أثر آخر
خرجه أيضا مسلم أنه قال فجعلنا نمسح على أرجلنا فنادى ويل للأعقاب من النار وهذا
الأثر وان كانت العادة قد جرت بالاحتجاج به فى منع المسح فهو أدل على جوازه منه
على منعه لان الوعيد انما تعلق فيه بترك التعميم لا بنوع الطهارة بل سكت عن نوعها
وذلك دليل على جوازها وجواز المسح هو أيضا مروى عن بعض الصحابة والتابعين
ولكن من طريق المعنى فالغسل أشد مناسبة للقدمين من المسح كما ان المسح أشد
مناسبة للرأس من الغسل اذ كانت القدمان لا ينقى دنسهما غالبا الا بالغسل وينقى
دنس الرأس بالمسح وذلك أيضا غالب والمصالح المعقولة لا يمتنع أن تكون أسبابا
للعبادات المفروضة حتى يكون الشرع لاحظ فيهما معنيين معنى مصلحيا ومعنى عباديا
وأعنى بالمصلحى ما رجع الى الأمور المحسوسة وبالعبادى ما رجع الى زكاة النفس
وكذلك اختلفوا فى الكعبين هل يدخلان فى المسح أو فى الغسل عند من أجاز المسح
وأصل اختلافهم الاشتراك الذى فى حرف الى أعنى فى قوله تعالى (وأرجلكم الى
الكعبين) وقد تقدم القول فى اشتراك هذا الحرف فى قوله تعالى (الى المرفقين)
لكن الاشتراك وقع هنالك من جهتين من اشتراك اسم اليد ومن اشتراك حرف
الى وهنا من قبل اشتراك حرف الى فقط وقد اختلفوا فى الكعب ما هو وذلك لاشتراك
اسم الكعب واختلاف أهل اللغة فى دلالته فقيل هما العظمان اللذان عند معقد
الشراك وقيل هما العظمان الناتئان فى طرف الساق ولا خلاف فيما أحسب فى

دخولهما فى الغسل عند من يرى انهما عند معقد الشراك اذ كانا جزأ من القدم ولذلك قال قوم انه اذا كان الحد من جنس المحدود دخلت الغاية فيه أعنى الشئ الذى يدل عليه حرف الى واذا لم يكن من جنس المحدود لم يدخل فيه مثل قوله تعالى (ثم أتموا الصيام الى الليل)

﴿ المسئلة الحادية عشرة من الشروط ﴾ اختلفوا فى وجوب ترتيب أفعال الوضوء على نسق الآية فقال قوم هو سنة وهو الذى حكاه المتأخرون من أصحاب مالك عن المذهب وبه قال أبو حنيفة والثورى وداود وقال قوم هو فريضة وبه قال الشافعى وأحمد وأبو عبيد وهذا كله فى ترتيب المفروض مع المفروض وأما ترتيب الافعال المفروضة مع الافعال المسنونة فهو عند مالك مستحب وقال أبو حنيفة هو سنه وسبب اختلافهم شيآن أحدهما الاشتراك الذى فى واو العطف وذلك انه قد يعطف بها الاشياء المرتبة بعضها على بعض وقد يعطف بها غير المرتبة وذلك ظاهر من استقراء كلام العرب ولذلك انقسم النحويون فيها قسمين فقال نحاة البصرة ليس تقتضى نسقا ولا ترتيبا وانما تقتضى الجمع فقط وقال الكوفيون بل تقتضى النسق والترتيب فمن رأى أن الواو فى آية الوضوء تقتضى الترتيب قال بايجاب الترتيب ومن رأى انها لا تقتضى الترتيب لم يقل بايجابه والسبب الثانى اختلافهم فى أفعاله عليه الصلاة والسلام هل هى محمولة على الوجوب أو على الندب فمن حملها على الوجوب قال بوجوب الترتيب لانه لم يرو عنه عليه الصلاة والسلام أنه توضأ قط الا مرتبا ومن حملها على الندب قال ان الترتيب سنة ومن فرق بين المسنون والمفروض من الافعال قال ان الترتيب الواجب انما ينبغى أن يكون فى الافعال الواجبة ومن لم يفرق قال ان الشروط الواجبة قد تكون فى الافعال التى ليست واجبة

﴿ المسئلة الثانية عشرة من الشروط ﴾ اختلفوا فى الموالاة فى أفعال الوضوء فذهب مالك الى أن الموالاة فرض مع الذكر ومع القدرة ساقطة مع النسيان ومع الذكر عند العذر ما لم يتفاحش التفاوت وذهب الشافعى وأبو حنيفة الى أن الموالاة ليست من واجبات الوضوء والسبب فى ذلك الاشتراك الذى فى الواو أيضا وذلك انه قد يعطف بها الاشياء المتتابعة المتلاحقة بعضها على بعض وقد يعطف بها الاشياء المتراخية بعضها

عن بعض وقد احتج قوم لسقوط الموالاة بما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه كان يتوضأ فى أول طهوره ويؤخر غسل رجليه الى آخر الطهر وقد يدخل الخلاف فى هذه المسئلة أيضا فى الاختلاف فى حمل الافعال على الوجوب أو على الندب وانما فرق مالك بين العمد والنسيان لان الناسي الاصل فيه فى الشرع انه معفو عنه الى ان يقوم الدليل على غير ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وكذلك العذر يظهر من أمر الشرع ان له تأثيرا فى التخفيف وقد ذهب قوم الى أن التسمية من فروض الوضوء واحتجوا لذلك بالحديث المرفوع وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا وضوء لمن لم يسم الله وهذا الحديث لم يصح عند أهل النقل وقد حمله بعضهم على أن المراد به النية و بعضهم حمله على الندب فيما أحسب فهذه مشهورات المسائل التى تجرى من هذا الباب مجرى الاصول وهى كما قلنا متعلقة اما بصفات أفعال هذه الطهارة واما بتحديد مواضعها واما بتعريف شروطها وأركانها وسائر ما ذكر ومما يتعلق بهذا الباب مسح الخفين اذ كان من أفعال الوضوء والكلام المحيط باصوله يتعلق بالنظر فى سبع مسائل بالنظر فى جوازه وفى تحديد محله وفى تعيين محله وفى صفته أعنى صفة المحل وفى توقيته وفى شروطه وفى نواقضه

﴿المسئلة الاولى﴾ فاما الجواز ففيه ثلاثة أقوال القول المشهور أنه جائز على الاطلاق و به قال جمهور فقهاء الامصار والقول الثانى جوازه فى السفر دون الحضر والقول الثالث منع جوازه باطلاق وهو أشذها والاقاويل الثلاثة مروية عن الصدر الاول وعن مالك والسبب فى اختلافهم ما يظن من معارضة آية الوضوء الوارد فيها الامر بغسل الارجل للآثار التى وردت فى المسح مع تأخر آية الوضوء وهذا الخلاف كان بين الصحابة فى الصدر الاول فكان منهم من يرى ان آية الوضوء ناسخة لتلك الآثار وهو مذهب ابن عباس واحتج القائلون بجوازه بما رواه مسلم انه كان يعجبهم حديث جرير وذلك أنه روى أنه رأى النبى عليه الصلاة والسلام يمسح على الخفين فقيل له انما كان ذلك قبل نزول المائدة فقال ما أسلمت الا بعد نزول المائدة وقال المتأخرون القائلون بجوازه ليس بين الآية والآثار تعارض لان الامر بالغسل انما هو متوجه الى من لا خف له والرخصة انما هى للابس الخف وقيل ان تأويل قراءة

الارجل بالخفض هو المسح على الخفين وأما من فرق بين السفر والحضر فلأن أكثر الآثار الصحاح الواردة فى مسحه عليه الصلاة والسلام انما كانت فى السفر مع ان السفر مشعر بالرخصة والتخفيف والمسح على الخفين هو من باب التخفيف فان نزعه مما يشق على المسافر

﴿المسئلة الثانية﴾ وأما تحديد المحل فاختلف فيه أيضا فقهاء الامصار فقال قوم ان الواجب من ذلك مسح أعلى الخف وان مسح الباطن أعنى أسفل الخف مستحب ومالك أحد من رأى هذا والشافعى ومنهم من أوجب مسح ظهورهما وبطونهما وهو مذهب ابن نافع من أصحاب مالك ومنهم من أوجب مسح الظهور فقط ولم يستحب مسح البطون وهو مذهب أبى حنيفة وداود وسفيان وجماعة وشذ أشهب فقال ان الواجب مسح الباطن أو الاعلى أيهما مسح ٧ وسبب اختلافهم تعارض الآثار الواردة فى ذلك وتشبيه المسح بالغسل وذلك ان فى ذلك أثرين متعارضين أحدهما حديث المغيرة بن شعبة وفيه انه صلى الله عليه وسلم مسح أعلى الخف وباطنه والآخر حديث على لو كان الدين بالرأى لكان أسفل الخف أولى بالمسح من أعلاه وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه سلم يمسح على ظاهر خفيه فمن ذهب مذهب الجمع بين الحديثين حمل حديث المغيرة على الاستحباب وحديث على على الوجوب وهى طريقة حسنة ومن ذهب مذهب الترجيح أخذ اما بحديث على واما بحديث المغيرة فمن رجح حديث المغيرة على حديث على رجحه من قبل القياس أعنى قياس المسح على الغسل ومن رجح حديث على رجحه من قبل مخالفته للقياس أو من جهة السند والاسعد فى هذه المسئلة هو مالك وأما من أجاز الاقتصار على مسح الباطن فقط فلا أعلم له حجة لانه لا هذا الاثر اتبع ولا هذا القياس استعمل أعنى قياس المسح على الغسل

﴿المسئلة الثالثة﴾ وأما نوع محل المسح فان الفقهاء القائلين بالمسح اتفقوا على جواز المسح على الخفين واختلفوا فى المسح على الجوربين فأجاز ذلك قوم ومنعه قوم وممن منع ذلك مالك والشافعى وأبو حنيفة وممن أجاز ذلك أبو يوسف ومحمد صاحبا

٧ نسخة فاس والأعلى مستحب

أبى حنيفة وسفيان الثورى وسبب اختلافهم فى صحة الآثار الوردة عنه عليه الصلاة والسلام أنه مسح على الجورب والنعلين واختلافهم أيضا فى هل يقاس على الخف غيره أم هى عبادة لا يقاس عليها ولا يتعدى بها محلها فمن لم يصح عنده الحديث أو لم يبلغه ولم ير القياس على الخف قصر المسح عليه ومن صح عنده الأثر أو جوز القياس على الخف أجاز المسح على الجور بين وهذا الأثر لم يخرجه الشيخان أعنى البخارى ومسلما وصححه الترمذى ولتردد الجورب بين الجلدين بين الخف والجورب غير المجلد عن مالك فى المسح عليهما روايتان احداهما بالمنع والأخرى بالجواز

﴿المسئلة الرابعة﴾ وأما صفة الخف فانهم اتفقوا على جواز المسح على الخف الصحيح واختلفوا فى المخرق فقال مالك وأصحابه يمسح عليه اذا كان الخرق يسيرا وحدد أبو حنيفة بما يكون الظاهر منه أقل من ثلاثة أصابع وقال قوم بجواز المسح على الخف المنخرق ما دام يسمى خفا وان تفاحش خرقه وممن روى عنه ذلك الثورى ومنع الشافعى أن يكون فى مقدم الخف خرق يظهر منه القدم ولو كان يسيرا فى أحد القولين عنه وسبب اختلافهم فى ذلك اختلافهم فى انتقال الفرض من الغسل الى المسح هل هو لموضع الستر أعنى ستر الخف القدمين أم هو لموضع المشقة فى نوع الخفين فمن فمن رآه لموضع الستر لم يجز المسح على الخف المنخرق لانه اذا انكشف من القدم شئ انتقل فرضها من المسح الى الغسل ومن رأى ان العلة فى ذلك المشقة لم يعتبر الخرق ما دام يسمى خفا وأما التفريق بين الخرق الكثير واليسير فاستحسان ورفع للحرج وقال الثورى كانت خفاف المهاجرين والانصار لا تسلم من الخروق كخفاف الناس فلو كان فى ذلك حظر لورد ونقل عنهم قلت هذه المسئلة هى مسكوت عنها فلو كان فيها حكم مع عموم الابتلاء به لبينه صلى الله عليه وسلم وقد قال تعالى (لتبين للناس مانزل اليهم)

﴿المسئلة الخامسة﴾ وأما التوقيت فان الفقهاء أيضا اختلفوا فيه فرأى مالك ان ذلك غير موقت وان لابس الخفين يمسح عليهما مالم ينزعهما أو تصيبه جنابة وذهب أبو حنيفة والشافعى الى ان ذلك موقت والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار فى ذلك وذلك انه ورد فى ذلك ثلاثة أحاديث أحدها حديث علىّ عن النبى عليه الصلاة

والسلام انه قال جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة أيام ولياليهن للمسافر ويوما وليلة للمقيم خرجه مسلم والثانى حديث أبى بن عمارة انه قال يارسول الله أأمسح على الخف قال نعم قال يوما قال ويومين قال نعم قال وثلاثة قال نعم حتى بلغ سبعا ثم قال امسح مابدالك خرجه أبو داود والطحاوى والثالث حديث صفوان بن عسال قال كنا فى سفر فامرنا ألا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليهن الامن جنابة ولكن من بول أونوم أوغائط (١) (قلت) أما حديث على فصحيح خرجه مسلم وأما حديث أبى بن عمارة فقال فيه أبو عمر بن عبد البر انه حديث لا يثبت وليس له اسناد قائم ولذلك ليس ينبغى أن يعارض به حديث على وأما حديث صفوان بن عسال فهو وان كان لم يخرجه البخارى ولا مسلم فانه قد صححه قوم من أهل العلم بالحديث الترمذى وأبو محمد بن حزم وهو بظاهره معارض بدليل الخطاب لحديث أبى كحديث على وقد يحتمل أن يجمع بينهما بأن يقال ان حديث صفوان وحديث على خرجا مخرج السؤال عن التوقيت وحديث أبى بن عمارة نص فى ترك التوقيت لكن حديث أبى لم يثبت بعد فعلى هذا يجب العمل بحديثى على وصفوان وهو الاظهر الا أن دليل الخطاب فيهما يعارضه القياس وهو كون التوقيت غير مؤثر فى نقض الطهارة لان النواقض هى الاحداث

﴿المسئلة السادسة﴾ وأما شرط المسح على الخفين فهو أن تكون الرجلان طاهرتين بطهر الوضوء وذلك شئ مجمع عليه الا خلافا شاذا وقد روى عن ابن القاسم عن مالك ذكره ابن لبابة فى المنتخب وانما قال به الأكثر لثبوته فى حديث المغيرة وغيره اذا أراد أن ينزع الخف عنه فقال عليه الصلاة والسلام دعهما فانى أدخلتهما وهما طاهرتان والمخالف حمل هذه الطهارة على الطهارة اللغوية واختلف الفقهاء من هذا الباب فيمن غسل رجليه ولبس خفيه ثم أتم وضوأه هل يمسح عليهما فمن لم ير ان الترتيب واجب ورأى ان الطهارة تصح لكل عضو قبل ان تكمل الطهارة لجميع الاعضاء قال بجواز ذلك ومن رأى ان الترتيب واجب وانه لا تصح طهارة العضو الا بعد طهارة

(١) هكذا رواية الترمذى ورواية النسائى ثلاثة أيام بلياليهن من غائط وبول ونوم الامن جنابة

جميع أعضاء الطهارة لم يجز ذلك وبالقول الاول قال أبو حنيفة وبالقول الثانى قال الشافعى ومالك الا ان مالكا لم يمنع ذلك من جهة الترتيب وانما منعه من جهة انه يرى أن الطهارة لا توجد للعضو الا بعد كمال جميع الطهارة وقد قال عليه الصلاة والسلام وهما طاهرتان فأخبر عن الطهارة الشرعية وفى بعض روايات المغيرة اذا أدخلت رجليك فى الخف وهما طاهرتان فامسح عليهما وعلى هذه الاصول يتفرع الجواب فيمن لبس أحد خفيه بعد أن غسل احدى رجليه وقبل أن يغسل الاخرى فقال مالك لا يمسح على الخفين لانه لابس للخف قبل تمام الطهارة وهو قول الشافعى وأحمد واسحق وقال أبو حنيفة والثورى والمزنى والطبرى وداود يجوز له المسح وبه قال جماعة من أصحاب مالك منهم مطرف وغيره وكلهم أجمعوا انه لو نزع الخف الأول بعد غسل الرجل الثانية ثم لبسها جاز له المسح وهل من شرط المسح على الخف ألا يكون على خف آخر عن مالك فيه قولان وسبب الخلاف هل كما تنتقل طهارة القدم الى الخف اذا ستره الخف كذلك تنتقل طهارة الخف الأسفل الواجبة الى الخف الأعلى فمن شبه النقلة الثانية بالاولى أجاز المسح على الخف الاعلى ومن لم يشبهها بها وظهر له الفرق لم يجز ذلك

﴿المسئلة السابعة﴾ فأما نواقض هذه الطهارة فانهم أجمعوا على أنها نواقض الوضوء بعينها واختلفوا هل نزع الخف ناقض لهذه الطهارة أم لا فقال قوم ان نزعه وغسل قدميه فطهارته باقية وان لم يغسلهما وصلى أعاد الصلاة بعد غسل قدميه وممن قال بذلك مالك وأصحابه والشافعى وأبو حنيفة الا ان مالكا رأى انه ان أخر ذلك استأنف الوضوء على رأيه فى وجوب الموالاة على الشرط الذى تقدم وقال قوم طهارته باقية حتى يحدث حدثا ينقض الوضوء وليس عليه غسل وممن قال بهذا القول داود وابن أبى ليلى وقال الحسن بن حى اذا نزع خفيه فقد بطلت طهارته وبكل واحد من هذه الاقوال الثلاثة قالت طائفة من فقهاء التابعين وهذه المسئلة هى مسكوت عنها وسبب اختلافهم هل المسح على الخفين هو أصل بذاته فى الطهارة أو بدل من غسل القدمين عند غيبوبتهما فى الخفين فان قلنا هو أصل بذاته فالطهارة باقية وان نزع الخفين كمن قطعت رجلاه بعد غسلهما وان قلنا انه بدل فيحتمل أن يقال اذا نزع الخف بطلت الطهارة ان كنا نشترط الفور ويحتمل أن يقال ان غسلهما أجزأت الطهارة اذا لم

يشترط الفور وأما اشتراط الفور من حين نزع الخف فضعيف وانما هو شئ يتخيل فهذا ما رأينا أن نثبته فى هذا الباب

﴿ الباب الثالث فى المياه ﴾

والاصل فى وجوب الطهارة بالمياه قوله تعالى (وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به) وقوله (فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا) وأجمع العلماء على ان جميع أنواع المياه طاهرة فى نفسها مطهرة لغيرها الا ماء البحر فان فيه خلافا فى الصدر الأول شاذا وهم محجوجون بتناول اسم الماء المطلق له وبالاثر الذى خرجه مالك وهو قوله عليه الصلاة والسلام فى البحر هو الطهور ماؤه الحل ميتته وهو وان كان حديثا مختلفا فى صحته فظاهر الشرع يعضده وكذلك أجمعوا على ان كل ما يغير الماء مما لا ينفك عنه غالبا انه لا يسلبه صفة الطهارة والتطهير الا خلافا شاذا روى فى الماء الآجن عن ابن سيرين وهو أيضا محجوج بتناول اسم الماء المطلق له واتفقوا على ان الماء الذى غيرت النجاسة اما طعمه أو لونه أو ريحه أو أكثر من واحد من هذه الأوصاف انه لا يجوز به الوضوء ولا الطهور واتفقوا على ان الماء الكثير المستبحر لا تضره النجاسة التى لم تغير أحد أوصافه وانه طاهر فهذا ما أجمعوا عليه من هذا الباب واختلفوا من ذلك فى ست مسائل تجرى مجرى القواعد والاصول لهذا الباب

﴿المسئلة الاولى﴾ اختلفوا فى الماء اذا خالطته نجاسة ولم تغير أحد أوصافه فقال قوم هو طاهر سواء كان كثيرا أو قليلا وهى احدى الروايات عن مالك وبه قال أهل الظاهر وقال قوم بالفرق بين القليل والكثير فقالوا ان كان قليلا كان نجسا وان كان كثيرا لم يكن نجسا وهؤلاء اختلفوا فى الحد بين القليل والكثير فذهب أبو حنيفة الى ان الحد فى هذا هو أن يكون الماء من الكثرة بحيث اذا حركه آدمى من أحد طرفيه لم تسر الحركة الى الطرف الثانى منه وذهب الشافعى الى ان الحد فى ذلك هو قلتان من قلال هجر وذلك نحو من خمسمائة رطل ومنهم من لم يحد فى ذلك حدا ولكن قال ان النجاسة تفسد قليل الماء وان لم تغير أحد أوصافه وهذا أيضا مروى عن مالك وقد روى أيضا ان هذا الماء مكروه فيتحصل عن مالك فى الماء اليسير تحله النجاسة اليسيرة ثلاثة أقوال قول ان النجاسة تفسده وقول انها لا تفسده الا أن يتغير أحد أوصافه وقول انه مكروه وسبب اختلافهم فى ذلك هو تعارض ظواهر الاحاديث الواردة

فى ذلك وذلك ان حديث أبى هريرة المتقدم وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا استيقظ أحدكم من نومه الحديث يفهم من ظاهره ان قليل النجاسة ينجس قليل الماء وكذلك أيضا حديث أبى هريرة الثابت عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لا يبولن أحدكم فى الماء الدائم ثم يغتسل فيه فانه يوهم بظاهره أيضا ان قليل النجاسة ينجس قليل الماء وكذلك ماورد من النهى عن اغتسال الجنب فى الماء الدائم وأما حديث أنس الثابت أن أعرابيا قام الى ناحية من المسجد فبال فيها فصاح به الناس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم دعوه فلما فرغ أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذنوب ماء فصب على بوله فظاهره ان قليل النجاسة لايفسد قليل الماء اذ معلوم ان ذلك الموضع قد طهر من ذلك الذنوب وحديث أبى سعيد الخدرى كذلك أيضا خرجه أبو داود قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقال له انه يستقى من بئر بضاعة وهى بئر يلقى فيها لحوم الكلاب والمحائض وعذرة الناس فقال النبى عليه الصلاة والسلام ان الماء لاينجسه شئ فرام العلماء الجمع بين هذه الأحاديث واختلفوا فى طريق الجمع فاختلف لذلك مذاهبهم فمن ذهب الى القول بظاهر حديث الاعرابى وحديث أبى سعيد قال ان حديثى أبى هريرة غير معقولى المعنى وامتثال ماتضمناه عبادة لالأن ذلك الماء ينجس حتى ان الظاهرية أفرطت فى ذلك فقالت لو صب البول انسان فى ذلك الماء من قدح لما كره الغسل به والوضوء فجمع بينهما على هذا الوجه من قال هذا القول ومن كره الماء القليل تحله النجاسة اليسيرة جمع بين الأحاديث فانه حمل حديثى أبى هريرة على الكراهية وحمل حديث الاعرابى وحديث أبى سعيد على ظاهرهما أعنى على الاجزاء وأما الشافعى وأبو حنيفة فجمعا بين حديثى أبى هريرة وحديث أبى سعيد الخدرى بان حملا حديثى أبى هريرة على الماء القليل وحديث أبى سعيد على الماء الكثير وذهب الشافعى الى ان الحد فى ذلك الذى يجمع الاحاديث هو ماورد فى حديث عبد الله ابن عمر عن أبيه خرجه أبو داود والترمذى وصححه أبو محمد بن حزم قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الماء وماينوبه من السباع والدواب فقال ان كان الماء قلتين لم يحمل خبثا وأما أبو حنيفة فذهب الى ان الحد فى ذلك من جهة القياس وذلك انه اعتبر سريان النجاسة

فى جميع الماء بسريان الحركة فاذا كان الماء بحيث يظن أن النجاسة لا يمكن فيها أن تسرى فى جميعه فالماء طاهر لكن من ذهب هذين المذهبين فحديث الاعرابى المشهور معارض له ولا بد فلذلك لجأت الشافعية الى أن فرقت بين ورود الماء على النجاسة وورود النجاسة على الماء فقالوا ان ورد عليها الماء كما فى حديث الاعرابى لم ينجس وان وردت النجاسة على الماء كما فى حديث أبى هريرة نجس وقال جمهور الفقهاء هذا تحكم وله اذا تؤمل وجه من النظر وذلك انهم انما صاروا الى الاجماع على ان النجاسة اليسيرة لا تؤثر فى الماء الكثير اذا كان الماء الكثير بحيث يتوهم أن النجاسة لا تسرى فى جميع أجزائه وأنه يستحيل عينها عن الماء الكثير واذا كان ذلك كذلك فلا يبعد ان قدرا ما من الماء لو حله قدر ما من النجاسة لسرت فيه ولكان نجسا فاذا ورد ذلك الماء على النجاسة جزأ جزأ فمعلوم انه تفنى عين تلك النجاسة وتذهب قبل فناء ذلك الماء وعلى هذا فيكون آخر جزء ورد من ذلك الماء قد طهر المحل لان نسبته الى ما ورد عليه مما بقى من النجاسة نسبة الماء الكثير الى القليل من النجاسة ولذلك كان العلم يقع فى هذه الحال بذهاب عين النجاسة أعنى فى وقوع الجزء الاخير الطاهر على آخر جزء يبقى من عين النجاسة ولهذا أجمعوا على أن مقدار ما يتوضأ به يطهر قطرة البول الواقعة فى الثوب أو البدن واختلفوا اذا وقعت القطرة من البول فى ذلك القدر من الماء وأولى المذاهب عندى وأحسنها طريقة فى الجمع هو أن يحمل حديث أبى هريرة وما فى معناه على الكراهية وحديث أبى سعيد وأنس على الجواز لان هذا التأويل يبقى مفهوم الأحاديث على ظاهرها أعنى حديثى أبى هريرة من أن المقصود بهما تأثير النجاسة فى الماء وحد الكراهية عندى هو ما تعافه النفس وترى انه ماء خبيث وذلك أن ما يعاف الانسان شربه يجب أن يجتنب استعماله فى القربة الى الله تعالى وان يعاف وروده على ظاهر بدنه كما يعاف وروده على داخله وأما من احتج بانه لو كان قليل النجاسة ينجس قليل الماء لما كان الماء يطهر أحدا أبدا اذ كان يجب على هذا أن يكون المنفصل من الماء عن الشئ النجس المقصود تطهيره أبدا نجسا فقول لا معنى له لما بيناه من ان نسبة آخر جزء يرد من الماء على آخر جزء يبقى من النجاسة فى المحل نسبة الماء الكثير الى النجاسة القليلة وان كان

يحجب به كثير من المتأخرين فانا نعلم قطعا ان الماء الكثير يحيل النجاسة ويقلب عينها الى الطهارة ولذلك أجمع العلماء على ان الماء الكثير لا تفسده النجاسة القليلة فاذا تابع الغاسل صب الماء على المكان النجس أو العضو النجس فيحيل الماء ضرورة عين النجاسة بكثرته ولا فرق بين الماء الكثير ان يرد على النجاسة الواحدة بعينها دفعة أو يرد عليها جزأ بعد جزء فاذا هؤلاء انما احتجوا بموضع الاجماع على موضع الخلاف من حيث لم يشعروا بذلك والموضعان فى غاية التباين فهذا ما ظهر لنا فى هذه المسئلة من سبب اختلاف الناس فيها وترجيح أقوالهم فيها ولوددنا ان لو سلكنا فى كل مسئلة هذا المسلك لكن رأينا أن هذا يقتضى طولا وربما عاق الزمان عنه وان الاحوط هو ان نؤم الغرض الأول الذى قصدناه فان يسر الله تعالى فيه وكان لنا انفساح من العمر فسيتم هذا الغرض

﴿المسئلة الثانية﴾ الماء الذى خالطه زعفران أو غيره من الأشياء الطاهرة التى تنفك منه غالبا متى غيرت أحد أوصافه فانه طاهر عند جميع العلماء غير مطهر عند مالك والشافعى ومطهر عند أبى حنيفة مالم يكن التغير عن طبخ وسبب اختلافهم هو خفاء تناول اسم الماء المطلق للماء الذى خالطه أمثال هذه الأشياء أعنى هل يتناوله أولا يتناوله فمن رأى أنه لا يتناوله اسم الماء المطلق وانما يضاف الى الشئ الذى خالطه فيقال ماء كذا لا ماء مطلق لم يجز الوضوء به اذ كان الوضوء انما يكون بالماء المطلق ومن رأى انه يتناوله اسم الماء المطلق أجاز به الوضوء ولظهور عدم تناول اسم الماء للماء المطبوخ مع شئ طاهر اتفقوا على أنه لا يجوز الوضوء به وكذلك فى مياه النبات المستخرجة منه الا ما فى كتاب ابن شعبان من اجازة طهر الجمعة بماء الورد والحق ان الاختلاط يختلف بالكثرة والقلة فقد يبلغ من الكثرة الى حد لا يتناوله اسم الماء المطلق مثل ما يقال ماء الغسل وقد لا يبلغ الى ذلك الحد وبخاصة متى تغيرت منه الريح فقط ولذلك لم يعتبر الريح قوم ممن منعوا الماء المضاف وقد قال عليه الصلاة والسلام لام عطية عند أمره اياها بغسل ابنته اغسلنها بماء وسدر واجعلن فى الأخيرة كافورا أو شيأ من كافور فهذا ماء مختلط ولكنه لم يبلغ من الاختلاط بحيث يسلب عنه اسم الماء المطلق وقد روى عن مالك اعتبار الكثرة فى المخالطة

والقلة والفرق بينهما فأجازه مع القلة وان ظهرت الأوصاف ولم يجزه مع الكثرة

﴿المسئلة الثالثة﴾ الماء المستعمل فى الطهارة اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال فقوم لم يجيزوا الطهارة به على كل حال وهو مذهب الشافعى وأبى حنيفة وقوم كرهوه ولم يجيزوا التيمم مع وجوده وهو مذهب مالك وأصحابه وقوم لم يروا بينه وبين الماء المطلق فرقا. به قال أبو ثور وداود وأصحابه وشذ أبو يوسف فقال انه نجس وسبب الخلاف فى هذا أيضا ما يظن من أنه لا يتناوله اسم الماء المطلق حتى أن بعضهم غلا فظن ان اسم الغسالة أحق به من اسم الماء وقد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم كان أصحابه يقتتلون على فضل وضوئه ولا بد أن يقع من الماء المستعمل فى الاناء الذى بقى فيه الفضل وبالجملة فهو ماء مطلق لأنه فى الأغلب ليس ينتهى الى أن يتغير أحد أوصافه بدنس الأعضاء التى تغسل به فان انتهى الى ذلك فحكمه حكم الماء الذى تغير أحد أوصافه بشئ طاهر وان كان هذا تعافه النفوس أكثر وهذا لحظ من كرهه وأما من زعم أنه نجس فلا دليل معه

﴿المسئلة الرابعة﴾ اتفق العلماء على طهارة أسآر المسلمين وبهيمة الأنعام واختلفوا فيما عدا ذلك اختلافا كثيرا فمنهم من زعم ان كل حيوان طاهر السؤر ومنهم من استثنى من ذلك الخنزير فقط وهذان القولان مرويان عن مالك ومنهم من استثنى من ذلك الخنزير والكلب وهو مذهب الشافعى ومنهم من استثنى من ذلك السباع عامة وهو مذهب ابن القاسم ومنهم من ذهب الى ان الاسآر تابعة للحوم فان كانت اللحوم محرمة فالاسآر نجسة وان كانت مكروهة فالاسآر مكروهة وان كانت مباحة فالاسآر طاهرة وأما سؤر المشرك فقيل انه نجس وقيل انه مكروه اذا كان يشرب الخمر وهو مذهب ابن القاسم وكذلك عنده جميع أسآر الحيوانات التى لا تتوقى النجاسة غالبا مثل الدجاج المخلاة والابل الجلالة والكلاب المخلاة وسبب اختلافهم فى ذلك هو ثلاثة أشياء أحدها معارضة القياس لظاهر الكتاب والثانى معارضته لظاهر الآثار والثالث معارضة الآثار بعضها بعضا فى ذلك أما القياس فهو انه لما كان الموت من غير ذكاة هو سبب نجاسة عين الحيوان بالشرع وجب أن تكون الحياة هى سبب طهارة عين الحيوان واذا كان ذلك كذلك فكل حى طاهر العين

وكل طاهر العين فسؤره طاهر وأما ظاهر الكتاب فانه عارض هذا القياس في الخنزير والمشرك وذلك أن الله تعالى يقول في الخنزير (فانه رجس) وماهو رجس في عينه فهو نجس لعينه ولذلك استثنى قوم من الحيوان الحي الخنزير فقط ومن لم يستثنه حمل قوله رجس على جهة الذم له وأما المشرك ففي قوله تعالى (انما المشركون نجس) فمن حمل هذا أيضا على ظاهره استثنى من مقتضى ذلك في القياس المشركين ومن أخرجه مخرج الذم لهم طرد قياسه وأما الآثار فانها عارضت هذا القياس في الكلب والهر والسباع أما الكلب فحديث أبي هريرة المتفق على صحته وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا ولغ الكلب في اناء أحدكم فليرقه وليغسله سبع مرات وفي بعض طرقه أولاهن بالتراب وفي بعضها وعفروه الثامنة بالتراب وأما الهر فما رواه قرة عن ابن سيرين عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم طهور الاناء اذا ولغ فيه الهر أن يغسل مرة أو مرتين وقرة ثقة عند أهل الحديث وأما السباع فحديث ابن عمر المتقدم عن أبيه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الماء وما ينوبه من السباع والدواب فقال ان كان الماء قلتين لم يحمل خبثا وأما تعارض الآثار في هذا الباب فمنها أنه روى عنه أنه سئل صلى الله عليه وسلم عن الحياض التي بين مكة والمدينة تردها الكلاب والسباع فقال لها ما حملت في بطونها ولكم ما غبر شرابا وطهورا ونحو هذا حديث عمر الذي رواه مالك في موطئه وهو قوله ياصاحب الحوض لا تخبرنا فانا نرد على السباع وترد علينا وحديث أبي قتادة أيضا الذي خرجه مالك ان كبشة سكبت له وضوء فجاءت هرة لتشرب منه فأصغى لها الاناء حتى شربت ثم قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انها ليست بنجس انما هي من الطوافين عليكم أو الطوافات فاختلف العلماء في تأويل هذه الآثار ووجه جمعها مع القياس المذكور فذهب مالك في الأمر باراقة سؤر الكلب وغسل الاناء منه الى ان ذلك عبادة غير معللة وان الماء الذي يلغ فيه ليس ينجس ولم ير اراقة ما عدا الماء من الاشياء التي يلغ فيها الكلب في المشهور عنه وذلك كما قلنا لمعارضة ذلك القياس له ولأنه ظن أيضا انه ان فهم منه ان الكلب نجس العين عارضه ظاهر الكتاب وهو قوله تعالى (فكلوا مما أمسكن عليكم) يريد انه

لو كان نجس العين لنجس الصيد بمماسته وأيد هذا التأويل بما جاء فى غسله من العدد والنجاسات ليس يشترط فى غسلها العدد فقال ان هذا الغسل انما هو عبادة ولم يعرج على سائر تلك الآثار لضعفها عنده وأما الشافعى فاستثنى الكلب من الحيوان الحى ورأى ان ظاهر هذا الحديث يوجب نجاسة سؤره وان لعابه هو النجس لا عينه فيما أحسب وانه يجب أن يغسل الصيد منه وكذلك استثنى الخنزير لمكان الآية المذكورة وأما أبو حنيفة فانه زعم أن المفهوم من هذه الآثار الواردة بنجاسة سؤر السباع والهر والكلب هو من قبل تحريم لحومها وان هذا من باب الخاص أريد به العام فقال الأسآر تابعة للحوم الحيوان وأما بعض الناس فاستثنى من ذلك الكلب والهر والسباع على ظاهر الأحاديث الواردة فى ذلك وأما بعضهم فحكم بطهارة سؤر الكلب والهر فاستثنى من ذلك السباع فقط أما سؤر الكلب فللعدد المشترط فى غسله ولمعارضة ظاهر الكتاب له ولمعارضة حديث أبى قتادة له اذ علل عدم نجاسة الهرة من قبل انها من الطوافين والكلب طواف وأما الهرة فصيرا الى ترجيح حديث أبى قتادة على حديث قرة عن ابن سيرين وترجيح حديث ابن عمر على حديث عمر وما ورد فى معناه لمعارضة حديث أبى قتادة له بدليل الخطاب وذلك أنه لما علل عدم النجاسة فى الهرة بسبب الطواف فهم منه ان ما ليس بطواف وهى السباع فاسآرها محرمة وممن ذهب هذا المذهب ابن القاسم وأما أبو حنيفة فقال كما قلنا بنجاسة سؤر الكلب ولم ير العدد فى غسله شرطا فى طهارة الاناء الذى ولغ فيه لانه عارض ذلك عنده القياس فى غسل النجاسات أعنى أن المعتبر فيها انما هو ازالة العين فقط وهذا على عادته فى رد أخبار الآحاد لمكان معارضة الأصول لها * قال القاضى فاستعمل من هذا الحديث بعضا ولم يستعمل بعضا أعنى أنه استعمل منه مالم تعارضه عنده الأصول ولم يستعمل ما عارضته منه الأصول وعضد ذلك بأنه مذهب أبى هريرة الذى روى الحديث فهذه هى الاشياء التى حركت الفقهاء الى هذا الاختلاف الكثير فى هذه المسئلة وقادتهم الى الافتراق فيها والمسئلة اجتهادية محضة يعسر أن يوجد فيها ترجيح ولعل الأرجح أن يستثنى من طهارة أسآر الحيوان الكلب والخنزير والمشرك لصحة الآثار

الواردة فى الكلب ولان ظاهر الكتاب أولى أن يتبع فى القول بنجاسة عين الخنزير والمشرك من القياس وكذلك ظاهر الحديث وعليه أكثر الفقهاء أعنى على القول بنجاسة سؤر الكلب فان الامر باراقة ماولغ فيه الكلب مخيل ومناسب فى الشرع لنجاسة الماء الذى ولغ فيه أعنى أن المفهوم بالعادة فى الشرع من الامر باراقة الشئ وغسل الاناء منه هو لنجاسة الشئ وما اعترضوا به من أنه لو كان ذلك لنجاسة الاناء لما اشترط فيه العدد فغير نكير أن يكون الشرع يخص نجاسة دون نجاسة بحكم دون حكم تغليظا لها * قال القاضى وقد ذهب جدى رحمة الله عليه فى كتاب المقدمات الى أن هذا الحديث معلل معقول المعنى ليس من سبب النجاسة بل من سبب ما يتوقع أن يكون الكلب الذى ولغ فى الاناء كلبا فيخاف من ذلك السم قال ولذلك جاء هذا العدد الذى هو السبع فى غسله فان هذا العدد قد استعمل فى الشرع فى مواضع كثيرة فى العلاج والمداواة من الامراض وهذا الذى قاله رحمه الله هو وجه حسن على طريقة المالكية فانه اذا قلنا ان ذلك الماء غير نجس فالاولى أن يعطى علة فى غسله من أن يقول انه غير معلل وهذا ظاهر بنفسه وقد اعترض عليه فيما بلغنى بعض الناس بأن قال ان الكلب الكلب لا يقرب الماء فى حين كلبه وهذا الذى قالوه هو عند استحكام هذه العلة بالكلاب لا فى مباديها وفى أول حدوثها فلا معنى لاعتراضهم وأيضا فانه ليس فى الحديث ذكر الماء وانما فيه ذكر الاناء ولعل فى سؤره خاصية من هذا الوجه ضارة أعنى قبل أن يستحكم به الكلب ولا يستنكر ورود مثل هذا فى الشرع فيكون هذا من باب ماورد فى الذباب اذا وقع فى الطعام أن يغمس وتعليل ذلك بأن فى أحد جناحيه داء وفى الآخر دواء وأما ماقيل فى المذهب من أن هذا الكلب هو الكلب المنهى عن اتخاذه أو الكلب الحضرى فضعيف وبعيد من هذا التعليل الا أن يقول قائل ان ذلك أعنى النهى من باب التحريج فى اتخاذه

﴿المسئلة الخامسة﴾ اختلف العلماء فى أسآر الطهر على خمسة أقوال فذهب قوم الى أن أسآر الطهر طاهرة باطلاق وهو مذهب مالك والشافعى وأبى حنيفة وذهب آخرون الى أنه لا يجوز للرجل أن يتطهر بسؤر المرأة ويجوز للمرأة أن تتطهر بسؤر الرجل وذهب آخرون الى أنه يجوز للرجل أن يتطهر بسؤر المرأة مالم تكن المرأة

جنبا أو حائضا وذهب آخرون الى أنه لا يجوز لواحد منهما أن يتطهر بفضل صاحبه الا أن يشرعا معا وقال قوم لا يجوز وان شرعا معا وهو مذهب أحمد بن حنبل وسبب اختلافهم فى هذا اختلاف الآثار وذلك ان فى ذلك أربعة آثار أحدها أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يغتسل من الجنابة هو وأزواجه من اناء واحد والثانى حديث ميمونة أنه اغتسل من فضلها والثالث حديث الحكم الغفارى ان النبى عليه الصلاة والسلام نهى أن يتوضأ الرجل بفضل المرأة خرجه أبو داود والترمذى والرابع حديث عبد الله بن سرجس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يغتسل الرجل بفضل المرأة والمرأة بفضل الرجل ولكن يشرعان معا فذهب العلماء فى تأويل هذه الأحاديث مذهبين مذهب الترجيح ومذهب الجمع فى بعض والترجيح فى بعض أما من رجح حديث اغتسال النبى صلى الله عليه وسلم مع أزواجه من اناء واحد على سائر الاحاديث لانه مما اتفق الصحاح على تخريجه ولم يكن عنده فرق بين أن يغتسلا معا أو يغتسل كل واحد منهما بفضل صاحبه لان المغتسلين معا كل واحد منهما مغتسل بفضل صاحبه وصحح حديث ميمونة مع هذا الحديث ورجحه على حديث الغفارى فقال بطهر الاسآر على الاطلاق وأما من رجح حديث الغفارى على حديث ميمونة وهو مذهب أبى محمد بن حزم وجمع بين حديث الغفارى وحديث اغتسال النبى مع أزواجه من اناء واحد بأن فرق بين الاغتسال معا وبين أن يغتسل أحدهما بفضل الآخر وعمل على هذين الحديثين فقط أجاز للرجل أن يتطهر مع المرأة من اناء واحد ولم يجز أن يتطهر هو من فضل طهرها وأجاز أن تتطهر هى من فضل طهره وأما من ذهب مذهب الجمع بين الاحاديث كلها ما خلا حديث ميمونة فانه أخذ بحديث عبد الله ابن سرجس لانه يمكن أن يجتمع عليه حديث الغفارى وحديث غسل النبى صلى الله عليه وسلم مع أزواجه من اناء واحد ويكون فيه زيادة وهى ألا تتوضأ المرأة أيضا بفضل الرجل لكن يعارضه حديث ميمونة وهو حديث خرجه مسلم لكن قد علله كما قلنا بعض الناس من ان بعض رواته قال فيه أكثر ظنى أو أكثر علمى ان أبا الشعثاء حدثنى وأما من لم يجز لواحد منهما أن يتطهر بفضل صاحبه ولا يشرعان معا فلعله لم يبلغه من الاحاديث الا حديث الحكم الغفارى وقاس الرجل على المرأة وأما من نهى

عن سؤر المرأة الجنب والحائض فقط فلست أعلم له حجة الا انه مروى عن بعض السلف أحسبه عن ابن عمر

﴿المسئلة السادسة﴾ صار أبو حنيفة من بين معظم أصحابه وفقهاء الامصار الى اجازة الوضوء بنبيذ التمر فى السفر لحديث ابن عباس ان ابن مسعود خرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هل معك من ماء فقال معى نبيذ فى اداوتى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أصبب فتوضأ به وقال شراب وطهور وحديث أبى رافع مولى ابن عمر عن عبد الله بن مسعود بمثله وفيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمرة طيبة وماء طهور وزعموا انه منسوب الى الصحابة على وابن عباس وانه لا مخالف لهم من الصحابة فكان كالاجماع عندهم ورد أهل الحديث هذا الخبر ولم يقبلوه لضعف رواته ولانه قد روى من طرق أوثق من هذه الطرق ان ابن مسعود لم يكن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن واحتج الجمهور لرد هذا الحديث بقوله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا) قالوا فلم يجعل ههنا وسطا بين الماء والصعيد و بقوله عليه الصلاة والسلام الصعيد الطيب وضوء المسلم وان لم يجد الماء الى عشر حجج فاذا وجد الماء فليمسه بشرته ولهم أن يقولوا ان هذا قد أطلق عليه فى الحديث اسم الماء والزيادة لا تقتضى نسخا فيعارضها الكتاب لكن هذا مخالف لقولهم ان الزيادة نسخ

﴿ الباب الرابع فى نواقض الوضوء ﴾

والاصل فى هذا الباب قوله تعالى (أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء) وقوله عليه الصلاة والسلام لا يقبل الله صلاة من أحدث حتى يتوضأ واتفقوا فى هذا الباب على انتقاض الوضوء من البول والغائط والريح والمذى والودى لصحة الآثار فى ذلك اذا كان خروجها على وجه الصحة و يتعلق بهذا الباب مما اختلفوا فيه سبع مسائل تجرى منه مجرى القواعد لهذا الباب

﴿المسئلة الاولى﴾ اختلف علماء الامصار فى انتقاض الوضوء مما يخرج من الجسد من النجس على ثلاثة مذاهب فاعتبر قوم فى ذلك الخارج وحده من أى موضع خرج وعلى أى جهة خرج وهو أبو حنيفة وأصحابه والثورى وأحمد وجماعة ولهم من الصحابة

سلف فقالوا كل نجاسة تسيل من الجسد وتخرج منه يجب منها الوضوء كالدم والرعاف الكثير والفصد والحجامة والقيء الا البلغم عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة انه اذا ملأ الفم ففيه الوضوء ولم يعتبر أحد من هؤلاء اليسير من الدم الا مجاهد واعتبر قوم آخرون المخرجين الذكر والدبر فقالوا كل ما خرج من هذين السبيلين فهو ناقض للوضوء من أي شيء خرج من دم أو حصا أو بلغم وعلى أي وجه خرج كان خروجه على سبيل الصحة أو على سبيل المرض وممن قال بهذا القول الشافعي وأصحابه ومحمد بن عبد الحكم من أصحاب مالك واعتبر قوم آخرون الخارج والمخرج وصفة الخروج فقالوا كل ما خرج من السبيلين مما هو معتاد خروجه وهو البول والغائط والمذي والودي والريح اذا كان خروجه على وجه الصحة فهو ينقض الوضوء فلم يروا في الدم والحصاة والدود وضوأ ولا في السلس وممن قال بهذا القول مالك وجل أصحابه والسبب في اختلافهم انه لما أجمع المسلمون على انتقاض الوضوء مما يخرج من السبيلين من غائط و بول وريح ومذي لظاهر الكتاب ولتظاهر الآثار بذلك تطرق الى ذلك ثلاث احتمالات أحدها أن يكون الحكم انما علق بأعيان هذه الاشياء فقط المتفق عليها على ما رآه مالك رحمه الله الاحتمال الثاني أن يكون الحكم انما علق بهذه من جهة انها أنجاس خارجة من البدن لكون الوضوء طهارة والطهارة انما يؤثر فيها النجس والاحتمال الثالث أن يكون الحكم أيضا انما علق بها من جهة انها خارجة من هذين السبيلين فيكون على هذين القولين الأخيرين ورود الامر بالوضوء من تلك الاحداث المجمع عليها انما هو من باب الخاص أريد به العام ويكون عند مالك وأصحابه انما هو من باب الخاص المحمول على خصوصه فالشافعي وأبو حنيفة اتفقا على أن الامر بها هو من باب الخاص أريد به العام واختلفا أي عام هو الذي قصد به فمالك يرجح مذهبه بان الاصل هو أن يحمل الخاص على خصوصه حتى يدل الدليل على غير ذلك والشافعي محتج بان المراد به المخرج لا الخارج باتفاقهم على ايجاب الوضوء من الريح الذي يخرج من أسفل وعدم ايجاب الوضوء منه اذا خرج من فوق وكلاهما ذات واحدة والفرق بينهما اختلاف المخرجين فكان هذا تنبيها على أن الحكم للمخرج وهو ضعيف لان الريحين مختلفان في الصفة

والرائحة وأبو حنيفة يحتج لان المقصود بذلك هو الخارج النجس لكون النجاسة مؤثرة في الطهارة وهذه الطهارة وان كانت طهارة حكمية فان فيها شبها من الطهارة المعنوية أعني طهارة النجس و بحديث ثوبان أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قاء فتوضأ و بما روى عن عمر وابن عمر رضى الله عنهما من ايجابهما الوضوء من الرعاف و بما روى من أمره صلى الله عليه وسلم المستحاضة بالوضوء لكل صلاة فكان المفهوم من هذا كله عند أبي حنيفة الخارج النجس وانما اتفق الشافعي وأبو حنيفة على ايجاب الوضوء من الاحداث المتفق عليها وان خرجت على جهة المرض لأمره صلى الله عليه وسلم بالوضوء عند كل صلاة المستحاضة والاستحاضة مرض وأما مالك فرأى أن المرض له ههنا تأثير في الرخصة قياسا أيضا على ماروى أيضا من أن المستحاضة لم تؤمر الا بالغسل فقط وذلك أن حديث فاطمة بنت أبي حبيش هذا هو متفق على صحته و يختلف في هذه الزيادة فيه أعني الأمر بالوضوء لكل صلاة ولكن صححها أبو عمر بن عبد البر وقياسا على من يغلبه الدم من جرح ولا ينقطع مثل ماروى أن عمر رضي الله عنه صلى وجرحه يثعب دما

﴿المسئلة الثانية﴾ اختلف العلماء في النوم على ثلاثة مذاهب فقوم رأوا انه حدث فأوجبوا من قليله وكثيره الوضوء وقوم رأوا انه ليس بحدث فلم يوجبوا منه الوضوء الا اذا تيقن بالحدث على مذهب من لا يعتبر الشك واذا شك على مذهب من يعتبر الشك حتى أن بعض السلف كان يوكل بنفسه اذا نام من يتفقد حاله أعني هل يكون منه حدث أم لا وقوم فرقوا بين النوم القليل الخفيف والكثير المستثقل فأوجبوا في الكثير المستثقل الوضوء دون القليل وعلى هذا فقهاء الامصار والجمهور ولما كانت بعض الهيئات يعرض فيها الاستثقال من النوم أكثر من بعض وكذلك خروج الحدث اختلف الفقهاء في ذلك فقال مالك من نام مضطجعا أو ساجدا فعليه الوضوء طويلا كان النوم أو قصيرا ومن نام جالسا فلا وضوء عليه الا أن يطول ذلك به واختلف القول في مذهبه في الراكع فمرة قال حكمه حكم القائم ومرة قال حكمه حكم الساجد وأما الشافعي فقال على كل نائم كيفما نام الوضوء الا من نام جالسا وقال أبو حنيفة وأصحابه لا وضوء الا على من نام مضطجعا وأصل اختلافهم في هذه

المسئلة اختلاف الآثار الواردة فى ذلك وذلك أن ههنا أحاديث يوجب ظاهرها أنه ليس فى النوم وضوء أصلا كحديث ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم دخل الى ميمونة فنام عندها حتى سمعنا غطيطه ثم صلى ولم يتوضأ وقوله عليه الصلاة والسلام اذا نعس أحدكم فى الصلاة فليرقد حتى يذهب عنه النوم فانه لعله يذهب أن يستغفر ربه فيسب نفسه وماروى أيضا أن أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم كانوا ينامون فى المسجد حتى تخفق رؤسهم ثم يصلون ولا يتوضؤن وكلها اثار ثابتة وههنا أيضا أحاديث يوجب ظاهرها أن النوم حدث وأبينها فى ذلك حديث صفوان ابن عسال وذلك أنه قال كنا فى سفر مع النبى صلى الله عليه وسلم فأمرنا ألا ننزع خفافنا من غائط وبول ونوم ولا ننزعها الا من جنابة فسوى بين البول والغائط والنوم صححه الترمذى ومنها حديث أبى هريرة المتقدم وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا استيقظ أحدكم من النوم فليغسل يده قبل أن يدخلها فى وضوئه فان ظاهره أن النوم يوجب الوضوء قليله وكثيره وكذلك يدل ظاهر آية الوضوء عند من كان عنده المعنى فى قوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) أى اذا قمتم من النوم على ماروى عن زيد بن أسلم وغيره من السلف فلما تعارضت ظواهر هذه الآثار ذهب العلماء فيها مذهبين مذهب الترجيح ومذهب الجمع فمن ذهب مذهب الترجيح اما أسقط وجوب الوضوء من النوم أصلا على ظاهر الاحاديث التى تسقطه واما أوجبه من قليله وكثيره على ظاهر الاحاديث التى توجبه أيضا أعنى على حسب ما ترجح عنده من الاحاديث الموجبة أو من الاحاديث المسقطة ومن ذهب مذهب الجمع حمل الاحاديث الموجبة للوضوء منه على الكثير والمسقطة للوضوء على القليل وهو كما قلنا مذهب الجمهور والجمع أولى من الترجيح ما أمكن الجمع عند أكثر الاصوليين وأما الشافعى فانما حملها على ان استثنى من هيآت النائم الجلوس فقط لانه قد صح ذلك عن الصحابة أعنى انهم كانوا ينامون جلوسا ولا يتوضؤن ويصلون وانما أوجبه أبو حنيفة فى النوم فى الاضطجاع فقط لان ذلك ورد فى حديث مرفوع وهو أنه عليه الصلاة والسلام قال انما الوضوء على من نام مضطجعا والرواية بذلك ثابتة عن عمر وأما مالك فلما كان النوم عنده انما ينقض الوضوء من حيث

كان غالبا سببا للحدث راعى فيه ثلاثة أشياء الاستثقال أو الطول أو الهيئة فلم يشترط فى الهيئة التى يكون منها خروج الحدث غالبا الا الطول ولا الاستثقال واشترط ذلك فى الهيئات التى لا يكون خروج الحدث منها غالبا

﴿المسئلة الثالثة﴾ اختلف العلماء فى ايجاب الوضوء من لمس النساء باليد أو بغير ذلك من الاعضاء الحساسة فذهب قوم الى أن من لمس امرأة بيده مفضيا اليها ليس بينها و بينه حجاب ولا ستر فعليه الوضوء وكذلك من قبلها الان القبلة عندهم لمس ما سواء التذ أم لم يلتذ وبهذا القول قال الشافعي وأصحابه الا انه مرة فرق بين اللامس والملموس فأوجب الوضوء على اللامس دون الملموس ومرة سوى بينهما ومرة أيضا فرق بين ذوات المحارم والزوجة فأوجب الوضوء من لمس الزوجة دون ذوات المحارم ومرة سوى بينهما وذهب آخرون الى ايجاب الوضوء من اللمس اذا قارنته اللذة أو قصد اللذة فى تفصيل لهم فى ذلك وقع بحائل أو بغير حائل بأى عضو اتفق ماعدا القبلة فانهم لم يشترطوا اللذة فى ذلك وهو مذهب مالك وجمهور أصحابه ونفى قوم ايجاب الوضوء من لمس النساء وهو مذهب أبى حنيفة ولكل سلف من الصحابة الا اشتراط اللذة فانى لا أذكر أحدا من الصحابة اشترطها وسبب اختلافهم فى هذه المسئلة اشتراك اسم اللمس فى كلام العرب فان العرب تطلقه مرة على اللمس الذى هو باليد ومرة تكنى به عن الجماع فذهب قوم الى أن اللمس الموجب للطهارة فى آية الوضوء هو الجماع فى قوله تعالى (أولامستم النساء) وذهب آخرون الى أنه اللمس باليد ومن هؤلاء من رآه من باب العام أريد به الخاص فاشترط فيه اللذة ومنهم من رآه من باب العام أريد به العام فلم يشترط اللذة فيه ومن اشترط اللذة فانما دعاه الى ذلك ما عارض عموم الآية من أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يلمس عائشة عند سجوده بيده وربما لمسته وخرج أهل الحديث حديث حبيب بن أبى ثابت عن عروة عن عائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قبل بعض نسائه ثم خرج الى الصلاة ولم يتوضأ فقلت من هى الا أنت فضحكت قال أبو عمر هذا الحديث وهنه الحجازيون وصححه الكوفيون والى تصحيحه مال أبو عمر بن عبد البر قال وروى هذا الحديث أيضا من طريق معبد ابن نباتة وقال الشافعى ان ثبت حديث معبد بن

نباتة فى القبلة لم أر فيها ولا فى اللمس وضوأ وقد احتج من أوجب الوضوء من اللمس باليد بأن اللمس ينطلق حقيقة على اللمس باليد وينطلق مجازا على الجماع وانه اذا تردد اللفظ بين الحقيقة والمجاز فالاولى أن يحمل على الحقيقة حتى يدل الدليل على المجاز ولاولئك أن يقولوا ان المجاز اذا كثر استعماله كان أدل على المجاز منه على الحقيقة كالحال فى اسم الغائط الذى هو أدل على الحدث الذى هو فيه مجاز منه على المطمئن من الارض الذى هو فيه حقيقة والذى أعتقده أن اللمس وان كانت دلالته على المعنيين بالسواء أو قريبا من السواء انه أظهر عندى فى الجماع وان كان مجازا لان الله تبارك وتعالى قد كنى بالمباشرة والمس عن الجماع وهما فى معنى اللمس وعلى هذا التأويل فى الآية يحتج بها فى اجازة التيمم للجنب دون تقدير تقديم فيها ولا تأخير على ما سيأتى بعد وترتفع المعارضة التى بين الآثار والآية على التأويل الآخر وأما من فهم من الآية اللمسين معا فضعيف فان العرب اذا خاطبت بالاسم المشترك انما تقصد به معنى واحدا من المعانى التى يدل عليها الاسم لا جميع المعانى التى يدل عليها وهذا بين بنفسه فى كلامهم

﴿المسئلة الرابعة﴾ مس الذكر اختلف العلماء فيه على ثلاثة مذاهب فنهم من رأى الوضوء فيه كيفما مسه وهو مذهب الشافعى وأصحابه وأحمد وداود ومنهم من لم ير فيه وضوأ أصلا وهو أبو حنيفة وأصحابه ولكلا الفريقين سلف من الصحابة والتابعين وقوم فرقوا بين أن يمسه بحال أو لا يمسه بتلك الحال وهؤلاء افترقوا فيه فرقا فنهم من فرق فيه بين أن يلتذ أو لا يلتذ ومنهم من فرق بين أن يمسه بباطن الكف أو لا يمسه فأوجبوا الوضوء مع اللذة ولم يوجبوه مع عدمها وكذلك أوجبه قوم مع المس بباطن الكف ولم يوجبوه مع المس بظاهرها وهذان الاعتباران مرويان عن أصحاب مالك وكأن اعتبار باطن الكف راجع الى اعتبار سبب اللذة وفرق قوم فى ذلك بين العمد والنسيان فأوجبوا الوضوء منه مع العمد ولم يوجبوه مع النسيان وهو مروى عن مالك وهو قول داود وأصحابه ورأى قوم أن الوضوء من مسه سنة لا واجب قال أبو عمر وهذا الذى استقر من مذهب مالك عند أهل المغرب من أصحابه والرواية عنه فيه مضطربة وسبب اختلافهم فى ذلك أن فيه حديثين

متعارضين أحدهما الحديث الوارد من طريق بسرة انها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا مس أحدكم ذكره فليتوضأ وهو أشهر الاحاديث الواردة في ايجاب الوضوء من مس الذكر خرجه مالك في الموطأ وصححه يحيي بن معين وأحمد بن حنبل وضعفه أهل الكوفة وقد روى أيضا معناه من طريق أم حبيبة وكان أحمد بن حنبل يصححه وقد روى أيضا معناه من طريق أبي هريرة وكان ابن السكن أيضا يصححه ولم يخرجه البخارى ولا مسلم والحديث الثانى المعارض له حديث طلق بن على قال قدمنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنده رجل كأنه بدوى فقال يارسول الله ماترى فى مس الرجل ذكره بعد أن يتوضأ فقال وهل هو الا بضعة منك خرجه أيضا أبو داود والترمذى وصححه كثير من أهل العلم الكوفيون وغيرهم فذهب العلماء فى تأويل هذه الاحاديث أحد مذهبين اما مذهب الترجيح أو النسخ واما مذهب الجمع فمن رجح حديث بسرة أورآه ناسخا لحديث طلق بن على قال بايجاب الوضوء من مس الذكر ومن رجح حديث طلق ابن على أسقط وجوب الوضوء من مسه ومن رام أن يجمع بين الحديثين أوجب الوضوء منه فى حال ولم يوجبه فى حال أو حمل حديث بسرة على الندب وحديث طلق بن على على نفى الوجوب والاحتجاجات التى يحتج بها كل واحد من الفريقين فى ترجيح الحديث الذى رجحه كثيرة يطول ذكرها وهى موجودة فى كتبهم ولكن نكتة اختلافهم هو ما أشرنا اليه

﴿المسئلة الخامسة﴾ اختلف الصدر الأوّل فى ايجاب الوضوء من أكل ما مسته النار لاختلاف الآثار الواردة فى ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واتفق جمهور فقهاء الأمصار بعد الصدر الأوّل على سقوطه اذا صح عندهم انه عمل الخلفاء الأربعة ولما ورد من حديث جابر انه قال كان آخر الأمرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم ترك الوضوء مما مست النار خرجه أبو داود ولكن ذهب قوم من أهل الحديث أحمد واسحق وطائفة غيرهم أن الوضوء يجب فقط من أكل لحم الجزور لثبوت الحديث الوارد بذلك عنه عليه الصلاة والسلام

﴿المسئلة السادسة﴾ شذ أبو حنيفة فأوجب الوضوء من الضحك فى الصلاة لمرسل

أبى العالية وهو أن قوما ضحكوا فى الصلاة فأمرهم النبى صلى الله عليه وسلم باعادة الوضوء والصلاة ورد الجمهور هذا الحديث لكونه مرسلا ولمخالفته للاصول وهو ان يكون شئ ما ينقض الطهارة فى الصلاة ولا ينقضها فى غير الصلاة وهو مرسل صحيح

﴿المسئلة السابعة﴾ وقد شذ قوم فأوجبوا الوضوء من حمل الميت وفيه أثر ضعيف من غسل ميتا فليغتسل ومن حمله فليتوضأ وينبغى ان تعلم ان جمهور العلماء أوجبوا الوضوء من زوال العقل بأى نوع كان من قبل اغماء أو جنون أو سكر وهؤلاء كلهم قاسوه على النوم أعنى انهم رأوا انه اذا كان النوم يوجب الوضوء فى الحالة التى هى سبب للحدث غالبا وهو الاستثقال فأحرى ان يكون ذهاب العقل سببا لذلك فهذه هى مسائل هذا الباب المجمع عليها والمشهورات من المختلف فيها وينبغى ان نصير الى الباب الخامس

(الباب الخامس)

وهو معرفة الافعال التى تشترط هذه الطهارة فى فعلها والاصل فى هذا الباب قوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) الآية وقوله عليه الصلاة والسلام لا يقبل الله صلاة بغير طهور ولا صدقة من غلول فاتفق المسلمون على أن الطهارة شرط من شروط الصلاة لمكان هذا وان كانوا اختلفوا اهل هى شرط من شروط الصحة أو من شروط الوجوب ولم يختلفوا ان ذلك شرط فى جميع الصلوات الا فى صلاة الجنازة وفى السجود أعنى سجود التلاوة فان فيه خلافا شاذا والسبب فى ذلك الاحتمال العارض فى انطلاق اسم الصلاة على الصلاة على الجنائز وعلى السجود فمن ذهب الى ان اسم الصلاة ينطلق على صلاة الجنائز وعلى السجود نفسه وهم الجمهور اشترط هذه الطهارة فيهما ومن ذهب الى انه لا ينطلق عليهما اذا كانت صلاة الجنائز ليس فيها ركوع ولا سجود وكان السجود أيضا ليس فيه قيام ولا ركوع لم يشترطوا هذه الطهارة فيهما ويتعلق بهذا الباب مع هذه المسئلة أربع مسائل

﴿المسئلة الاولى﴾ هل هذه الطهارة شرط فى مس المصحف أم لا فذهب مالك

وأبو حنيفة والشافعي الى انها شرط فى مس المصحف وذهب أهل الظاهر الى انها ليست بشرط فى ذلك والسبب فى اختلافهم تردد مفهوم قوله تعالى (لا يمسه الا المطهرون) بين ان يكون المطهرون هم بنو آدم و بين ان يكونوا هم الملائكة و بين ان يكون هذا الخبر مفهومه النهي و بين ان يكون خبرا لا نهيا فمن فهم من المطهرين بني آدم وفهم من الخبر النهي قال لا يجوز ان يمس المصحف الا طاهر ومن فهم منه الخبر فقط وفهم من لفظ المطهرين الملائكة قال انه ليس فى الآية دليل على اشتراط هذه الطهارة فى مس المصحف واذا لم يكن هنالك دليل لا من كتاب ولا من سنة ثابتة بقي الامر على البراءة الاصلية وهي الاباحة وقد احتج الجمهور لمذهبهم بحديث عمرو بن حزم أن النبي عليه الصلاة والسلام كتب لا يمس القرآن الا طاهر وأحاديث عمرو بن حزم اختلف الناس فى وجوب العمل بها لانها مصحفة ورأيت ابن المفوز يصححها اذا روتها الثقات لأنها كتاب النبي عليه الصلاة والسلام وكذلك أحاديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وأهل الظاهر يردونها ورخص مالك للصبيان من مس المصحف على غير طهر لأنهم غير مكلفين

﴿المسئلة الثانية﴾ اختلف الناس فى ايجاب الوضوء على الجنب فى أحوال أحدها اذا أراد أن ينام وهو جنب فذهب الجمهور الى استحبابه دون وجوبه وذهب أهل الظاهر الى وجوبه لثبوت ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث عمر انه ذكر لرسول الله عليه وسلم انه تصيبه جنابة من الليل فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم توضأ واغسل ذكرك ثم نم وهو أيضا مروى عنه من طريق عائشة وذهب الجمهور الى حمل الأمر بذلك على الندب والعدول به عن ظاهره لمكان عدم مناسبة وجوب الطهارة لارادة النوم أعني المناسبة الشرعية وقد احتجوا أيضا لذلك بأحاديث أثبتها حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج من الخلاء فأتى بطعام فقالوا ألا نأتيك بطهر فقال أأصلي فأتوضأ وفى بعض رواياته فقيل له ألا تتوضأ فقال ما أردت الصلاة فأتوضأ والاستدلال به ضعيف فانه من باب مفهوم الخطاب من أضعف أنواعه وقد احتجوا بحديث عائشة انه عليه الصلاة والسلام كان ينام وهو جنب لا يمس الماء الا انه حديث ضعيف وكذلك اختلفوا فى وجوب

الوضوء على الجنب الذي يريد أن يأكل أو يشرب وعلى الذي يريد ان يعاود أهله فقال الجمهور في هذا كله باسقاط الوجوب لعدم مناسبة الطهارة لهذه الأشياء وذلك أن الطهارة انما فرضت في الشرع لأحوال التعظيم كالصلاة وأيضا فلمكان تعارض الآثار في ذلك وذلك انه روي عنه عليه الصلاة والسلام انه أمر الجنب اذا أراد أن يعاود أهله أن يتوضأ وروي عنه انه كان يجامع ثم يعاود ولا يتوضأ وكذلك روي عنه منع الأكل والشرب للجنب حتى يتوضأ وروي عنه اباحة ذلك

﴿المسئلة الثالثة﴾ ذهب مالك والشافعي الى اشتراط الوضوء في الطواف وذهب أبو حنيفة الى اسقاطه وسبب اختلافهم تردد الطواف بين ان يلحق حكمه بحكم الصلاة أو لا يلحق وذلك انه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم منع الحائض الطواف كما منعها الصلاة فأشبه الصلاة من هذه الجهة وقد جاء في بعض الآثار تسمية الطواف صلاة وحجة أبي حنيفة أنه ليس كل شئ منعه الحيض فالطهارة شرط في فعله اذا ارتفع الحيض كالصوم عند الجمهور

﴿المسئلة الرابعة﴾ ذهب الجمهور الى انه يجوز لغير متوضئ ان يقرأ القرآن ويذكر الله وقال قوم لا يجوز ذلك له الا ان يتوضأ وسبب الخلاف حديثان متعارضان ثابتان أحدهما حديث أبي جهم قال أقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم من نحو بئر جمل فلقيه رجل فسلم عليه فلم يرد عليه حتى أقبل على الجدار فمسح بوجهه ويديه ثم انه رد عليه الصلاة والسلام السلام والحديث الثاني حديث علي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان لا يحجبه عن قراءة القرآن شئ الا الجنابة فصار الجمهور الى أن الحديث الثاني ناسخ للاول وصار من أوجب الوضوء لذكر الله الى ترجيح الحديث الاول

(كتاب الغسل)

والاصل في هذه الطهارة قوله تعالى (وان كنتم جنبا فاطهروا) والكلام المحيط بقواعدها ينحصر بعد المعرفة بوجوبها وعلى من تجب ومعرفة ما به تفعل وهو الماء المطلق في ثلاثة أبواب الباب الأول في معرفة العمل في هذه الطهارة والثاني في معرفة نواقض هذه الطهارة والباب الثالث في معرفة أحكام نواقض هذه الطهارة فاما على

من تجب فعلى كل من لزمته الصلاة ولا خلاف فى ذلك وكذلك لا خلاف فى وجوبها ودلائل ذلك هى دلائل الوضوء بعينها وقد ذكرناها وكذلك أحكام المياه قد تقدم القول فيها

(الباب الأول)

وهذا الباب يتعلق به أربع مسائل

﴿المسئلة الاولى﴾ اختلف العلماء هل من شرط هذه الطهارة امرار اليد على جميع الجسد كالحال فى طهارة أعضاء الوضوء أم يكفى فيها افاضة الماء على جميع الجسد وان لم يمر يديه على بدنه فأكثر العلماء على أن افاضة الماء كافية فى ذلك وذهب مالك وجل أصحابه والمزنى من أصحاب الشافعى الى انه ان فات المتطهر موضع واحد من جسده لم يمر يده عليه ان طهره لم يكمل بعد والسبب فى اختلافهم اشتراك اسم الغسل ومعارضة ظاهر الأحاديث الواردة فى صفة الغسل لقياس الغسل فى ذلك على الوضوء وذلك أن الأحاديث الثابتة التى وردت فى صفة غسله عليه الصلاة والسلام من حديث عائشة وميمونة ليس فيها ذكر التدلك وانما فيها افاضة الماء فقط ففى حديث عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اغتسل من الجنابة يبدأ فيغسل يديه ثم يفرغ بيمينه على شماله فيغسل فرجه ثم يتوضأ وضوأه للصلاة ثم يأخذ الماء فيدخل أصابعه فى أصول الشعر ثم يصب على رأسه ثلاث غرفات ثم يفيض الماء على جلده كله والصفة الواردة فى حديث ميمونة قريبة من هذه الا انه أخر غسل رجليه من أعضاء الوضوء الى آخر الطهر وفى حديث أم سلمة أيضا وقد سألته عليه الصلاة والسلام هل تنقض ضفر رأسها لغسل الجنابة فقال عليه الصلاة والسلام انما يكفيك ان تحثى على رأسك الماء ثلاث حثيات ثم تفيضى عليك الماء فاذا أنت قد طهرت وهو أقوى فى اسقاط التدلك من تلك الأحاديث الأخر لانه يمكن هنالك ان يكون الواصف لطهره قد ترك التدلك وأما ههنا فانما حصر لها شروط الطهارة ولذلك أجمع العلماء على ان صفة الطهارة الواردة من حديث ميمونة وعائشة هى أكمل صفاتها وأن ما ورد فى حديث أم سلمة من ذلك فهو من أركانها الواجبة وان الوضوء

فى أول الطهر ليس من شرط الطهر الا خلافا شاذا روى عن الشافعى وفيه قوة من جهة ظواهر الأحاديث وفى قول الجمهور قوة من جهة النظر لأن الطهارة ظاهر من أمرها انها شرط فى صحة الوضوء لا أن الوضوء شرط فى صحتها فهو من باب معارضة القياس لظاهر الحديث وطريقة الشافعى تغليب ظاهر الأحاديث على القياس فذهب قوم كما قلنا الى ظاهر الأحاديث وغلبوا ذلك على قياسها على الوضوء فلم يوجبوا التدلك وغلب آخرون قياس هذه الطهارة على الوضوء على ظاهر هذه الأحاديث فأوجبوا التدلك كالحال فى الوضوء فمن رجح القياس صار الى ايجاب التدلك ومن رجح ظاهر الأحاديث على القياس صار الى اسقاط التدلك وأعنى بالقياس قياس الطهر على الوضوء وأما الاحتجاج من طريق الاسم ففيه ضعف اذا كان اسم الطهر والغسل ينطلق فى كلام العرب على المعنيين جميعا على حد سواء .

﴿المسئلة الثانيـة﴾ اختلفوا هل من شروط هذه الطهارة النيـة أم لا كاختلافهم فى الوضوء فذهب مالك والشافعى وأحمد وأبو ثور وداود وأصحابه الى ان النية من شروطها وذهب أبو حنيفة وأصحابه والثورى الى انها تجزئ بغير نية كالحال فى الوضوء عندهم وسبب اختلافهم فى الطهر هو بعينه سبب اختلافهم فى الوضوء وقد تقدم ذلك.

﴿المسئلة الثالثة﴾ اختلفوا فى المضمضة والاستنشاق فى هذه الطهارة أيضا كاختلافهم فيهما فى الوضوء أعنى هل هما واجبان فيها أم لا فذهب قوم الى انهما غير واجبين فيها وذهب قوم الى وجوبهما وممن ذهب الى عدم وجوبهما مالك والشافعى وممن ذهب الى وجوبهما أبو حنيفة وأصحابه وسبب اختلافهم معارضة ظاهر حديث أم سلمة للاحاديث التى نقلت من صفة وضوئه عليه الصلاة والسلام فى طهره وذلك ان الاحاديث التى نقلت من صفة وضوئه فى الطهر فيها المضمضة والاستنشاق وحديث أم سلمة ليس فيـه أمر لا بمضمضة ولا باستنشاق فمن جعـل حديث عائشة وميمونة مفسرا لمجمل حديث أم سلمة ولقوله تعالى (وان كنتم جنبا فاطهروا) أوجب المضمضة والاستنشاق ومن جعله معارضا جمع بينهما بأن حمل حديثى عائشة وميمونة على النـدب وحديث أم سلمة على الوجوب ولهذا السبب بعينه اختلفوا فى تخليل الرأس هل هو واجب فى هذه الطهارة أم لا ومذهب مالك انه مستحب ومذهب غيره

انه واجب وقد عضد مذهبه من أوجب التخليل بما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال تحت كل شعرة جنابة فانقوا البشرو بلوا الشعر

﴿المسئلة الرابعة﴾ اختلفوا هل من شرط هذه الطهارة الفور والترتيب أم ليسا من شرطها كاختلافهم من ذلك فى الوضوء وسبب اختلافهم فى ذلك هل فعله عليه الصلاة والسلام محمول على الوجوب أو على الندب فانه لم ينقل عنه عليه الصلاة والسلام انه توضأ قط الا مرتبا متواليا وقد ذهب قوم الى أن الترتيب فى هذه الطهارة أبين منها فى الوضوء وذلك بين الرأس وسائر الجسد لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث أم سلمة انما يكفيك ان تحثى على رأسك ثلاث حثيات ثم تفيضى الماء على جسدك وحرف ثم يقتضى الترتيب بلا خلاف بين أهل اللغة

(الباب الثانى فى معرفة النواقض لهذه الطهارة)

والأصل فى هذا الباب قوله تعالى (وان كنتم جنبا فاطهروا) وقوله (ويسألونك على المحيض قل هو أذى) الآية واتفق العلماء على وجوب هذه الطهارة من حدثين أحدهما خروج المنى على وجه الصحة فى النوم أو فى اليقظة من ذكر كان أو أنثى الا ماروى عن النخعى من انه كان لا يرى على المرأة غسلا من الاحتلام وانما اتفق الجمهور على مساواة المرأة فى الاحتلام للرجل لحديث أم سلمة الثابت انها قالت يارسول الله المرأة ترى فى المنام مثل ما يرى الرجل هل عليها غسل قال نعم اذا رأت الماء وأما الحدث الثانى الذى اتفقوا أيضا عليه فهو دم الحيض أعنى اذا انقطع وذلك أيضا لقوله تعالى (ويسئلونك عن المحيض) الآية ولتعليمه الغسل من الحيض لعائشة وغيرها من النساء واختلفوا فى هذا الباب مما يجرى مجرى الاصول فى مسئلتين مشهورتين

﴿المسئلة الأولى﴾ اختلف الصحابة رضى الله عنهم فى سبب ايجاب الطهر من الوطء فنهم من رأى الطهر واجبا فى التقاء الختانين أنزل أو لم ينزل وعليه أكثر فقهاء الامصار مالك وأصحابه والشافعى وأصحابه وجماعة من أهل الظاهر وذهب قوم من أهل الظاهر الى ايجاب الطهر مع الانزال فقط والسبب فى اختلافهم فى ذلك تعارض الأحاديث

فى ذلك لأنه ورد فى ذلك حديثان ثابتان اتفق أهل الصحيح على تخريجهما (قال) القاضى رضى الله عنه ومتى قلت ثابت فانما أعنى به ما أخرجه البخارى أو مسلم أو ما اجتمعا عليه أحدهما حديث أبى هريرة عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال اذا قعد بين شعبها الأربع وألزق الختان بالختان فقد وجب الغسل والحديث الثانى حديث عثمان انه سئل فقيل له أرأيت الرجل اذا جامع أهله ولم يمن قال عثمان يتوضأ كما يتوضأ للصلاة سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب العلماء فى هذين الحديثين مذهبين أحدهما مذهب النسخ والثانى مذهب الرجوع الى ما عليه الاتفاق عند التعارض الذى لا يمكن الجمع فيه ولا الترجيح فالجمهور رأوا أن حديث أبى هريرة ناسخ لحديث عثمان ومن الحجة لهم على ذلك ما روى عن أبى بن كعب انه قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انما جعل ذلك رخصة فى أول الاسلام ثم أمر بالغسل خرجه أبو داود وأما من رأى ان التعارض بين هذين الحديثين هو مما لا يمكن الجمع فيه بينهما ولا الترجيح فوجب الرجوع عنده الى ما عليه الاتفاق وهو وجوب الماء من الماء وقد رجح الجمهور حديث أبى هريرة من جهة القياس قالوا وذلك انه لما وقع الاجماع على ان مجاوزة الختانين توجب الحد وجب ان يكون هو الموجب للغسل وحكوا ان هذا القياس مأخوذ عن الخلفاء الاربعة ورجح الجمهور ذلك أيضا من حديث عائشة لاخبارها ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرجه مسلم

﴿المسئلة الثانية﴾ اختلف العلماء فى الصفة المعتبرة فى كون خروج المنى موجبا للطهر فذهب مالك الى اعتبار اللذة فى ذلك وذهب الشافعى الى ان نفس خروجه هو الموجب للطهر سواء خرج بلذة أو بغير لذة * وسبب اختلافهم فى ذلك هو شيئان أحدهما هل اسم الجنب ينطلق على الذى أجنب على الجهة الغير المعتادة أم ليس ينطلق عليه فمن رأى أنه انما ينطلق على الذى أجنب على طريق العادة لم يوجب الطهر فى خروجه من غير لذة ومن رأى أنه ينطلق على خروج المنى كيفما خرج أوجب منه الطهر وان لم يخرج مع لذة والسبب الثانى تشبيه خروجه بغير لذة بدم الاستحاضة واختلافهم فى خروج الدم على جهة الاستحاضة هل يوجب طهرا أم ليس يوجبه فسنذكره فى باب الحيض وان كان من هذا الباب وفى المذهب فى هذا الباب فرع وهو

اذا انتقل من أصل مجاريه بلذة ثم خرج فى وقت آخر بغير لذة مثل ان يخرج من الجامع بعد ان يتطهر فقيل يعيد الطهر وقيل لا يعيده وذلك ان هذا النوع من الخروج صحبته اللذة فى بعض نقلته ولم تصحبه فى بعض فمن غلب حال اللذة قال يجب الطهر ومن غلب حال عدم اللذة قال لا يجب عليه طهر

(الباب الثالث فى أحكام هذين الحدثين أعنى الجنابة والحيض)

أما أحكام الحدث الذى هو الجنابة ففيه ثلاثة مسائل

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلف العلماء فى دخول المسجد للجنب على ثلاثة أقوال فقوم منعوا ذلك باطلاق وهو مذهب مالك وأصحابه وقوم منعوا ذلك الا لعابر فيه لا مقيم ومنهم الشافعى وقوم أباحوا ذلك للجميع ومنهم داود وأصحابه فيما أحسب وسبب اختلاف الشافعى وأهل الظاهر هو تردد قوله تبارك وتعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى) الآية بين أن يكون فى الآية مجاز حتى يكون هنالك محذوف مقدر وهو موضع الصلاة أى لا تقربوا موضع الصلاة ويكون عابر سبيل استثناء من النهى عن قرب موضع الصلاة وبين ألا يكون هنالك محذوف أصلا وتكون الآية على حقيقتها ويكون عابر السبيل هو المسافر الذى عدم الماء وهو جنب فمن رأى ان فى الآية محذوفا أجاز المرور للجنب فى المسجد ومن لم ير ذلك لم يكن عنده فى الآية دليل على منع الجنب الاقامة فى المسجد وأما من منع العبور فى المسجد فلا أعلم له دليلا الا ظاهر ماروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا أحل المسجد لجنب ولا حائض وهو حديث غير ثابت عند أهل الحديث واختلافهم فى الحائض فى هذا المعنى هو اختلافهم فى الجنب

﴿ المسئلة الثانية ﴾ مس الجنب المصحف ذهب قوم الى اجازته وذهب الجمهور الى منعه وهم الذين منعوا أن يمسه غير متوضئ وسبب اختلافهم هو سبب اختلافهم فى منع غير المتوضئ ان يمسه أعنى قوله لا يمسه الا المطهرون وقد ذكرنا سبب الاختلاف فى الآية فيما تقدم وهو بعينه سبب اختلافهم فى منع الحائض مسه

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ قراءة القرآن للجنب اختلف الناس فى ذلك فذهب الجمهور الى

منع ذلك وذهب قوم الى اباحته والسبب فى ذلك الاحتمال المتطرق الى حديث على أنه قال عليه الصلاة والسلام لا يمنعه من قراءة القرآن شئ الا الجنابة وذلك ان قوما قالوا ان هذا لا يوجب شيأ لانه ظن من الراوى ومن أين يعلم أحد ان ترك القراءة كان لموضع الجنابة الا لو أخبره بذلك والجمهور رأوا انه لم يكن على رضى الله عنه ليقول هذا عن توهم ولا ظن وانما قاله عن تحقق وقوم جعلوا الحائض فى هذا الاختلاف بمنزلة الجنب وقوم فرقوا بينهما فأجازوا للحائض القراءة القليلة استحسانا لطول مقامها حائضا وهو مذهب مالك فهذه هى أحكام الجنابة (وأما أحكام الدماء الخارجة من الرحم) فالكلام المحيط بأصولها ينحصر فى ثلاثة أبواب الأول معرفة أنواع الدماء الخارجة من الرحم والثانى معرفة العلامات التى تدل على انتقال الطهر الى الحيض والحيض الى الطهر أو الاستحاضة والاستحاضة أيضا الى الطهر والثالث معرفة أحكام الحيض والاستحاضة أعنى موانعهما وموجباتهما ونحن نذكر فى كل باب من هذه الابواب الثلاثة من المسائل ما يجرى مجرى القواعد والاصول لجميع ما فى هذا الباب على ما قصدنا اليه مما اتفقوا عليه واختلفوا فيه

(الباب الاول)

اتفق المسلمون على ان الدماء التى تخرج من الرحم ثلاثة دم حيض وهو الخارج على جهة الصحة ودم استحاضة وهو الخارج على جهة المرض وانه غير دم الحيض لقوله عليه الصلاة والسلام انما ذلك عرق وليس بالحيضة ودم نفاس وهو الخارج مع الولد

(الباب الثانى)

أما معرفة علامات انتقال هذه الدماء بعضها الى بعض وانتقال الطهر الى الحيض والحيض الى الطهر فان معرفة ذلك فى الأكثر تنبنى على معرفة أيام الدماء المعتادة وأيام الاطهار ونحن نذكر منها ما يجرى مجرى الاصول وهى سبع مسائل

﴿ المسألة الأولى ﴾ اختلف العلماء فى أكثر أيام الحيض وأقلها وأقل أيام الطهر فروى عن مالك ان أكثر أيام الحيض خمسة عشر يوما وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة أكثره عشرة أيام وأما أقل أيام الحيض فلا حد لها عند مالك بل قد تكون

الدفعة الواحدة عنده حيضا الا انه لا يعتد بها في الاقراء في الطلاق وقال الشافعي أقله يوم وليلة وقال أبو حنيفة أقله ثلاثة أيام وأما أقل الطهر فاضطربت فيه الروايات عن مالك فروى عنه عشرة أيام وروى عنه ثمانية أيام وروى خمسة عشر يوما والى هذه الرواية مال البغداديون من أصحابه وبها قال الشافعي وأبو حنيفة وقيل سبعة عشر يوما وهو أقصى ما انعقد عليه الاجماع فيما أحسب وأما أكثر الطهر فليس له عندهم حد واذا كان هذا موضوعا من أقاويلهم فمن كان لاقل الحيض عنده قدر معلوم وجب أن يكون ما كان أقل من ذلك القدر اذا ورد في سن الحيض عنده استحاضة ومن لم يكن لاقل الحيض عنده قدر محدود وجب أن تكون الدفعة عنده حيضا ومن كان أيضا عنده أكثره محدود أوجب أن يكون ما زاد على ذلك القدر عنده استحاضة ولكن متحصل مذهب مالك في ذلك ان النساء على ضربين مبتدأة ومعتادة فالمبتدأة تترك الصلاة برؤية أول دم تراه الى تمام خمسة عشر يوما فان لم ينقطع صلت وكانت مستحاضة وبه قال الشافعي الا ان مالكا قال تصلي من حين تتيقن الاستحاضة وعند الشافعي انها تعيد صلاة ما سلف لها من الايام الا أقل الحيض عنده وهو يوم وليلة وقيل عن مالك بل تعتد أيام لداتها ثم تستظهر بثلاثة أيام فان لم ينقطع الدم فهي مستحاضة وأما المعتادة ففيها روايتان عن مالك احداهما بناؤها على عادتها وزيادة ثلاثة أيام ما لم تتجاوز أكثر مدة الحيض والثانية جلوسها الى انقضاء أكثر مدة الحيض أو تعمل على التمييز ان كانت من أهل التمييز وقال الشافعي تعمل على أيام عادتها وهذه الاقاويل كلها المختلف فيها عند الفقهاء في أقل الحيض وأكثره وأقل الطهر لا مستند لها الا التجربة والعادة وكل انما قال من ذلك ما ظن ان التجربة أوقفته على ذلك ولاختلاف ذلك في النساء عسر ان يعرف بالتجربة حدود هذه الاشياء في أكثر النساء ووقع في ذلك هذا الخلاف الذي ذكرنا وانما أجمعوا بالجملة على ان الدم اذا تمادى أكثر من مدة أكثر الحيض انه استحاضة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم الثابت لفاطمة بنت حبيش فاذا أقبلت الحيضة فاتركي الصلاة فاذا ذهبت قدرها فاغسلي عنك الدم وصلي والمتجاوزة لأمد أكثر أيام الحيض قد ذهب عنها قدرها ضرورة وانما صار الشافعي ومالك رحمه الله في المعتادة في احدى الروايتين عنه

أنها تبنى على عادتها الحديث أم سلمة الذى رواه فى الموطأ ان امرأة كانت تهراق الدماء على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستفتت لها أم سلمة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لتنظر الى عدد الليالى والأيام التى كانت تحيضهن من الشهر قبل أن يصيبها الذى أصابها فلتترك الصلاة قدر ذلك من الشهر فاذا خلفت ذلك فلتغتسل ثم لتستثفر بثوب ثم لتصلى فألحقوا حكم الحائض التى تشك فى الاستحاضة بحكم المستحاضة التى تشك فى الحيض وانما رأى أيضا فى المبتدأة ان يعتبر أيام لداتها لان أيام لداتها شبيهة بأيامها فجعل حكمهما واحدا وأما الاستظهار الذى قال به مالك بثلاثة أيام فهو شئ انفرد به مالك وأصحابه رحمهم الله وخالفهم فى ذلك جميع فقهاء الامصار ماعدا الاوزاعى اذ لم يكن لذلك ذكر فى الاحاديث الثابتة وقد روى فى ذلك أثر ضعيف

﴿ المسئلة الثانية ﴾ ذهب مالك وأصحابه فى الحائض التى تنقطع حيضتها وذلك بان تحيض يوما أو يومين وتطهر يوما أو يومين الى أنها تجمع أيام الدم بعضها الى بعض وتلغى أيام الطهر وتغتسل فى كل يوم ترى فيه الطهر أول ماتراه وتصلى فانها لاتدرى لعل ذلك طهر فاذا اجتمع لها من أيام الدم خمسة عشر يوما فهى مستحاضة وبهذا القول قال الشافعى وروى عن مالك أيضا أنها تلفق أيام الدم وتعتبر بذلك أيام عادتها فان ساوتها استظهرت بثلاثة أيام فان انقطع الدم والا فهى مستحاضة وجعل الايام التى لاترى فيها الدم غير معتبرة فى العدد لامعنى له فانه لاتخلو تلك الايام أن تكون أيام حيض أو أيام طهر فان كانت أيام حيض فيجب أن تلفقها الى أيام الدم وان كانت أيام طهر فليس يجب أن تلفق أيام الدم اذ كان قد تخللها طهر والذى يجىء على أصوله انها أيام حيض لا أيام طهر اذ أقل الطهر عنده محدود وهو أكثر من اليوم واليومين فتدبر هذا فانه بين ان شاء الله تعالى والحق ان دم الحيض ودم النفاس يجرى ثم ينقطع يوما أو يومين ثم يعود حتى تنقضى أيام الحيض أو أيام النفاس كما تجرى ساعة أو ساعتين من النهار ثم تنقطع

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلفوا فى أقل النفاس وأكثره فذهب مالك الى أنه لاحد لاقله وبه قال الشافعى وذهب أبو حنيفة وقوم الى أنه محدود فقال أبو حنيفة هو خمسة وعشرون يوما وقال أبو يوسف صاحبه أحد عشر يوما وقال الحسن البصرى

عشرون يوما وأما أكثره فقال مالك مرة هو ستون يوما ثم رجع عن ذلك فقال يسأل عن ذلك النساء وأصحابه ثابتون على القول الاول و به قال الشافعي وأكثر أهل العلم من الصحابة على ان أكثره أربعون يوما و به قال أبو حنيفة وقد قيل تعتبر المرأة في ذلك أيام أشباهها من النساء فاذا جاوزتها فهي مستحاضة وفرق قوم بين ولادة الذكر وولادة الانثى فقالوا للذكر ثلاثون يوما وللانثى أربعون يوما وسبب الخلاف عسر الوقوف على ذلك بالتجربة لاختلاف أحوال النساء في ذلك ولانه ليس هناك سنة يعمل عليها كالحال في اختلافهم في أيام الحيض والطهر.

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ اختلف الفقهاء قديما وحديثا هل الدم الذي ترى الحامل هو حيض أم استحاضة فذهب مالك والشافعي في أصح قوليه وغيرهما الى ان الحامل تحيض وذهب أبو حنيفة وأحمد والثوري وغيرهم الى ان الحامل لا تحيض وان الدم الظاهر لها دم فساد وعلة الا أن يصيبها الطلق فانهم أجمعوا على انه دم نفاس وان حكمه حكم الحيض في منعه الصلاة وغير ذلك من أحكامه ولمالك وأصحابه في معرفة انتقال الحائض الحامل اذا تمادى بها الدم من حكم الحيض الى حكم الاستحاضة أقوال مضطربة أحدها ان حكمها حكم الحائض نفسها أعني اما أن تقعد أكثر أيام الحيض ثم هي مستحاضة واما ان تستظهر على أيامها المعتادة بثلاثة أيام مالم يكون مجموع ذلك أكثر من خمسة عشر يوما وقيل انها تقعد حائضا ضعف أكثر أيام الحيض وقيل انها تضعف أكثر أيام الحيض بعدد الشهور التي مرت لها ففي الشهر الثاني من حملها تضعف أيام أكثر الحيض مرتين وفي الثالث ثلاث مرات وفي الرابع أربع وكذلك ما زادت الاشهر وسبب اختلافهم في ذلك عسر الوقوف على ذلك بالتجربة واختلاط الأمرين فانه مرة يكون الدم الذي تراه الحامل دم حيض وذلك اذا كانت قوة المرأة وافرة والجنين صغيرا و بذلك أمكن أن يكون حمل على حمل على ماحكاه بقراط وجالينوس وسائر الاطباء ومرة يكون الدم الذي تراه الحامل لضعف الجنين ومرضه التابع لضعفها ومرضها في الأكثر فيكون دم علة ومرض وهو في الأكثر دم علة

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ اختلف الفقهاء في الصفرة والكدرة هل هي حيض أم لا

فرات جماعة انها حيض فى ايام الحيض وبه قال الشافعى وابو حنيفة وروى مثل ذلك عن مالك وفى المدونة عنه ان الصفرة والكدرة حيض فى ايام الحيض وفى غير ايام الحيض رات ذلك مع الدم اولم تره وقال ابو داود وابو يوسف ان الصفرة والكدرة لا تكون حيضة الا بأثر الدم والسبب فى اختلافهم مخالفة ظاهر حديث أم عطية لحديث عائشة وذلك أنه روى عن أم عطية أنها قالت كنا لا نعد الصفرة والكدرة بعد الغسل شيأ وروى عن عائشة أن النساء كن يبعثن اليها بالدرجة فيها الكرسف فيه الصفرة والكدرة من دم الحيض يسألنها عن الصلاة فتقول لا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء فمن رجح حديث عائشة جعل الصفرة والكدرة حيضا سواء ظهرت فى أيام الحيض أو فى غير أيامه مع الدم أو بلا دم فان حكم الشئ الواحد فى نفسه ليس يختلف ومن رام الجمع بين الحديثين قال ان حديث أم عطية هو بعد انقطاع الدم وحديث عائشة فى أثر انقطاعه أو أن حديث عائشة هو فى أيام الحيض وحديث أم عطية فى غير أيام الحيض وقد ذهب قوم الى ظاهر حديث أم عطية ولم يروا الصفرة ولا الكدرة شيأ لا فى أيام حيض ولا فى غيرها ولا بأثر الدم ولا بعد انقطاعه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم دم الحيض دم أسود يعرف ولان الصفرة والكدرة ليست بدم وانما هى من سائر الرطوبات التى ترخيها الرحم وهو مذهب أبى محمد بن حزم

﴿المسئلة السادسة﴾ اختلف الفقهاء فى علامة الطهر فرأى قوم ان علامة الطهر رؤية القصة البيضاء أو الجفوف وبه قال ابن حبيب من أصحاب مالك وسواء كانت المرأة ممن عادتها أن تطهر بالقصة البيضاء أو بالجفوف أى ذلك رأت طهرت به وفرق قوم فقالوا ان كانت المرأة ممن ترى القصة البيضاء فلا تطهر حتى تراها وان كانت ممن لا تراها فطهرها الجفوف وذلك فى المدونة عن مالك * وسبب اختلافهم ان منهم من راعى العادة ومنهم من راعى انقطاع الدم فقط وقد قيل ان التى عادتها الجفوف تطهر بالقصة البيضاء ولا تطهر التى عادتها القصة البيضاء بالجفوف وقد قيل بعكس هذا وكله لأصحاب مالك

﴿المسئلة السابعة﴾ اختلف الفقهاء فى المستحاضة اذا تمادى بها الدم متى يكون

حكمها حكم الحائض كما اختلفوا فى الحائض اذا تمادى بها الدم متى يكون حكمها حكم المستحاضة وقد تقدم ذلك فقال مالك فى المستحاضة أبدا حكمها حكم الطاهرة الى أن يتغير الدم الى صفة الحيض وذلك اذا مضى لاستحاضتها من الايام ماهو أكثر من أقل أيام الطهر فحينئذ تكون حائضا أعنى اذا اجتمع لها هذان الشيئان تغير الدم وأن يمر لها فى الاستحاضة من الايام ما يمكن أن يكون طهرا والا فهى مستحاضة أبدا وقال أبو حنيفة تقعد أيام عادتها ان كانت لها عادة وان كانت مبتدأة قعدت أكثر الحيض وذلك عنده عشرة أيام وقال الشافعى تعمل على التمييز ان كانت من أهل التمييز وان كانت من أهل العادة عملت على العادة وان كانت من أهلهما معا فله فى ذلك قولان أحدهما تعمل على التمييز والثانى على العادة والسبب فى اختلافهم ان فى ذلك حديثين مختلفين أحدهما حديث عائشة عن فاطمة بنت أبى حبيش أن النبى عليه الصلاة والسلام أمرها وكانت مستحاضة أن تدع الصلاة قدر أيامها التى كانت تحيض فيها قبل أن يصيبها الذى أصابها ثم تغتسل وتصلى وفى معناه أيضا حديث أم سلمة المتقدم الذى خرجه مالك والحديث الثانى ماخرجه أبو داود من حديث فاطمة بنت أبى حبيش انها كانت استحيضت فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ان دم الحيضة أسود يعرف فاذا كان ذلك فامكثى عن الصلاة واذا كان الآخر فتوضئى وصلى فانما هو عرق وهذا الحديث صححه أبو محمد بن حزم فمن هؤلاء من ذهب مذهب الترجيح ومنهم من ذهب مذهب الجمع فمن ذهب مذهب ترجيح حديث أم سلمة وماورد فى معناه قال باعتبار الايام ومالك رضى الله عنه اعتبر عدد الايام فقط فى الحائض التى تشك فى الاستحاضة ولم يعتبرها فى المستحاضة التى تشك فى الحيض أعنى لاعددها ولا موضعها من الشهر اذ كان عندها ذلك معلوما والنص انما جاء فى المستحاضة التى تشك فى الحيض فاعتبر الحكم فى الفرع ولم يعتبره فى الاصل وهذا غريب فتأمله ومن رجح حديث فاطمة بنت أبى حبيش قال باعتبار اللون ومن هؤلاء من راعى مع اعتبار لون الدم مضى ما يمكن أن يكون طهرا من أيام الاستحاضة وهو قول مالك فيما حكاه عبد الوهاب ومنهم من لم يراع ذلك ومن جمع بين الحديثين قال الحديث الاول هو فى التى تعرف عدد

أيامها من الشهر وموضعها والثانى فى التى لا تعرف عددها ولا موضعها وتعرف لون الدم ومنهم من رأى انها ان لم تكن من أهل التمييز ولا تعرف موضع أيامها من الشهر وتعرف عددها أو لا تعرف عددها انها تتحرى على حديث حمنة بنت جحش صححه الترمذى وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها انما هى ركضة من الشيطان فتحيضى ستة أيام أو سبعة أيام فى علم الله ثم اغتسلى وسيأتى الحديث بكماله بعد عند حكم المستحاضة فى الطهر فهذه هى مشهورات المسائل التى فى هذا الباب وهى بالجملة واقعة فى أربعة مواضع أحدها معرفة انتقال الطهر الى الحيض والثانى معرفة انتقال الحيض الى الطهر والثالث معرفة انتقال الحيض الى الاستحاضة والرابع معرفة انتقال الاستحاضة الى الحيض وهو الذى وردت فيه الاحاديث وأما الثلاثة فسكوت عنها أعنى عن تحديدها وكذلك الامر فى انتقال النفاس الى الاستحاضة

(الباب الثالث)

وهو معرفة أحكام الحيض والاستحاضة والاصل فى هذا الباب قوله تعالى (ويسئلونك عن المحيض) الآية والاحاديث الواردة فى ذلك التى سنذكرها واتفق المسلمون على أن الحيض يمنع أربعة أشياء أحدها فعل الصلاة ووجوبها أعنى انه ليس يجب على الحائض قضاؤها بخلاف الصوم والثانى أنه يمنع فعل الصوم لا قضاءه. وذلك لحديث عائشة الثابت أنها قالت كنا نؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة وانما قال بوجوب القضاء عليها طائفة من الخوارج والثالث فيما أحسبه الطواف لحديث عائشة الثابت حين أمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تفعل كل ما يفعل الحاج غير الطواف بالبيت والرابع الجماع فى الفرج لقوله تعالى (فاعتزلوا النساء فى المحيض) الآية واختلفوا من أحكامها فى مسائل نذكر منها مشهوراتها وهى خمس

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلف الفقهاء فى مباشرة الحائض وما يستباح منها فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة له منها ما فوق الازار فقط وقال سفيان الثورى وداود

الظاهرى انما يجب عليه أن يجتنب موضع الدم فقط وسبب اختلافهم ظواهر الاحاديث الواردة فى ذلك والاحتمال الذى فى مفهوم آية الحيض وذلك انه ورد فى الاحاديث الصحاح عن عائشة وميمونة وأم سلمة أنه عليه الصلاة والسلام كان يأمر اذا كانت احداهن حائضا أن تشد عليها ازارها ثم يباشرها وورد أيضا من حديث ثابت بن قيس عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال اصنعوا كل شئ بالحائض الا النكاح وذكر أبو داود عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها وهى حائض اكشفى عن فخذك قالت فكشفت فوضع خده وصدره على فخذى وحنيت عليه حتى دفى وكان قد أوجعه البرد وأما الاحتمال الذى فى آية الحيض فهو تردد قوله تعالى (قل هو أذى فاعتزلوا النساء فى المحيض) بين أن يحمل على عمومه الا ما خصصه الدليل أو ان يكون من باب العام أريد به الخاص بدليل قوله تعالى فيه (قل هو أذى) والأذى انما يكون فى موضع الدم فمن كان المفهوم منه عنده العموم أعنى انه اذا كان الواجب عنده أن يحمل هذا القول على عمومه حتى يخصصه الدليل استثنى من ذلك ما فوق الازار بالسنة اذ المشهور جواز تخصيص الكتاب بالسنة عند الأصوليين ومن كان عنده من باب العام أريد به الخاص رجح هذه الآية على الآثار المانعة مما تحت الازار وقوى ذلك عنده بالآثار المعارضة للآثار المانعة مما تحت الازار ومن الناس من رام الجمع بين هذه الآثار وبين مفهوم الآية على هذا المعنى الذى نبه عليه الخطاب الوارد فيها وهو كونه أذى فحمل أحاديث المنع لما تحت الازار على الكراهية وأحاديث الاباحة ومفهوم الآية على الجواز ورجحوا تأويلهم هذا بانه قد دلت السنة انه ليس من جسم الحائض شئ نجس الا موضع الدم وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سأل عائشة أن تناوله الخمرة وهى حائض فقالت انى حائض فقال عليه الصلاة والسلام ان حيضتك ليست فى يدك وما ثبت أيضا من ترجيلها رأسه عليه الصلاة والسلام وهى حائض وقوله عليه الصلاة والسلام ان المؤمن لا ينجس

﴿المسئلة الثانية﴾ اختلفوا فى وطء الحائض فى طهرها وقبل الاغتسال فذهب مالك والشافعى والجمهور الى ان ذلك لا يجوز حتى تغتسل وذهب أبو حنيفة وأصحابه الى ان ذلك جائز اذا طهرت لأكثر أمد الحيض وهو عنده عشرة أيام وذهب الأوزاعى

الى أنها ان غسلت فرجها بالماء جاز وطؤها أعنى كل حائض طهرت متى طهرت وبه قال أبو محمد بن حزم وسبب اختلافهم الاحتمال الذى فى قوله تعالى (فاذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله) هل المراد به الطهر الذى هو انقطاع دم الحيض أم الطهر بالماء ثم ان كان الطهر بالماء فهل المراد به طهر جميع الجسد أم طهر الفرج فان الطهر فى كلام العرب وعرف الشرع اسم مشترك يقال على هذه الثلاثة المعانى وقد رجح الجمهور مذهبهم بأن صيغة التفعل انما تنطلق على ما يكون من فعل المكلفين لا على ما يكون من فعل غيرهم فيكون قوله تعالى (فاذا تطهرن) أظهر فى معنى الغسل بالماء منه فى الطهر الذى هو انقطاع الدم والأظهر يجب المصير اليه حتى يدل الدليل على خلافه ورجح أبو حنيفة مذهبه بأن لفظ يفعلن فى قوله تعالى (حتى يطهرن) هو أظهر فى الطهر الذى هو انقطاع دم الحيض منه فى التطهر بالماء والمسئلة كما ترى محتملة ويجب على من فهم من لفظ الطهر فى قوله تعالى حتى يطهرن معنى واحدا من هذه المعانى الثلاثة أن يفهم ذلك المعنى بعينه من قوله تعالى فاذا تطهرن لانه مما ليس يمكن أو مما يعسر أن يجمع فى الآية بين معنيين من هذه المعانى مختلفين حتى يفهم من لفظة يطهرن النقاء و يفهم من لفظ تطهرن الغسل بالماء على ما جرت به عادة المالكيين فى الاحتجاج لمالك فانه ليس من عادة العرب أن يقولو لا تعط فلانا درهما حتى يدخل الدار فاذا دخل المسجد فأعطه درهما بل انما يقولون واذا دخل الدار فأعطه درهما الا ان الجملة الثانية هى مؤكدة لمفهوم الجملة الاولى ومن تأوّل قوله تعالى (ولا تقربوهن حتى يطهرن) على أنه النقاء وقوله (فاذا تطهرن) على انه الغسل بالماء فهو بمنزلة من قال لا تعط فلانا درهما حتى يدخل الدار فاذا دخل المسجد فأعطه درهما وذلك غير مفهوم فى كلام العرب الا أن يكون هنالك محذوف ويكون تقدير الكلام ولا تقربوهن حتى يطهرن و يتطهرن فاذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله وفى تقدير هذا الحذف بعد مّا ولا دليل عليه الا أن يقول قائل ظهور لفظ التطهر فى معنى الاغتسال هو الدليل عليه لكن هذا يعارضه ظهور عدم الحذف فى الآية فان الحذف مجاز وحمل الكلام على الحقيقة أظهر من حمله على المجاز وكذلك فرض المجتهد ههنا اذا انتهى بنظره الى مثل هذا الموضع أن يوازن بين

الظاهرين فـأى رجح عنده منهما على صاحبه عمل عليه وأعنى بالظاهرين أن يقايس بين ظهور لفظ فاذا تطهرن فى الاغتسال بالماء وظهور عدم الحذف فى الآية أن أحب أن يحمل لفظ تطهرن على ظاهره من النقاء فأى الظاهرين كان عنده أرجح عمل عليه اعنى اما ألا يقدر فى الآية حذفا و يحمل لفظ فاذا تطهرن على النقاء أو يقدر فى الآية حذفا و يحمل لفظ فاذا تطهرن على الغسـل بالماء أو يقايس بين ظهور لفظ فاذا تطهرن فى الاغتسال وظهور لفظ يطهرن فى النقاء فأى كان عنده أظهر أيضا صرف تأويل اللفظ الثانى له وعمل على انهما يدلان فى الآية على معنى واحد أعنى اما على معنى النقاء واما على معنى الاغتسال بالماء وليس فى طباع النظر الفقهى ان ينتهى فى هذه الأشياء الى أكثر من هذا فتأمله وفى مثـل هذه الحال يسوغ أن يقال كل مجتهد مصيب وأما اعتبار أبى حنيفة أكثر الحيض فى هذه المسئلة فضعيف

﴿المسئلة الثالثـة﴾ اختلف الفقهاء فى الذى يأتى امرأته وهى حائض فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة يستغفر الله ولا شئ عليـه وقال أحمد بن حنبل يتصدق بدينار أو بنصف دينار وقالت فرقة من أهل الحديث ان وطئ فى الدم فعليه دينار وان وطئ فى انقطاع الدم فنصف دينار وسبب اختلافهم فى ذلك اختلافهم فى صحة الآحاديث الواردة فى ذلك أووهيها وذلك أنه روى عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم فى الذى يأتى امرأته وهى حائض أنه يتصـدق بدينار وروى عنـه بنصف دينار وكذلك روى أيضا فى حديث ابن عباس هذا انه ان وطئ فى الدم فعليه دينار وان وطئ فى انقطاع الدم فنصف دينار وروى فى هـذا الحديث يتصدق بخمسى دينار و به قال الاوزاعى فمن صح عنـده شئ من هـذه الأحاديث صار الى العمل بها ومن لم يصح عنـده شئ منها وهم الجمهور عمل على الأصـل الذى هو سقوط الحـكم حتى يثبت بدليل

﴿المسئلة الرابعة﴾ اختلف العلماء فى المستحاضة فقوم أوجبوا عليها طهرا واحـدا فقط وذلك عنـدما ترى انه قد انقضت حيضتها باحدى تلك العلامات التى تقدمت على حسب مذهب هؤلاء فى تلك العلامات وهؤلاء الذين أوجبوا عليها طهرا واحدا انقسموا قسمين فقوم أوجبوا عليها أن تتوضأ لـكل صلاة وقوم استحبوا ذلك

لها ولم يوجبوه عليها والذين أوجبوا عليها طهرا واحدا فقط هم مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابهم وأكثر فقهاء الأمصار وأكثر هؤلاء أوجبوا عليها أن تتوضأ لكل صلاة وبعضهم لم يوجب عليها الا استحبابا وهو مذهب مالك وقوم آخرون غير هؤلاء رأوا أن على المستحاضة أن تتطهر لكل صلاة وقوم رأوا أن الواجب ان تؤخر الظهر الى أول العصر ثم تتطهر وتجمع بين الصلاتين وكذلك تؤخر المغرب الى آخر وقتها وأول وقت العشاء وتتطهر طهرا ثانيا وتجمع بينهما ثم تتطهر طهرا ثالثا لصلاة الصبح فأوجبوا عليها ثلاثة أطهار في اليوم والليلة وقوم رأوا أن عليها طهرا واحدا في اليوم والليلة ومن هؤلاء من لم يحد له وقتا وهو مروى عن علي ومنهم من رأى أن تتطهر من طهر الى طهر فيتحصل في المسئلة بالجملة أربعة أقوال قول انه ليس عليها الا طهر واحد فقط عند انقطاع دم الحيض وقول ان عليها الطهر لكل صلاة وقول ان عليها ثلاثة أطهار في اليوم والليلة وقول ان عليها طهرا واحدا في اليوم والليلة والسبب في اختلافهم في هذه المسئلة هو اختلاف ظواهر الأحاديث الواردة في ذلك وذلك ان الوارد في ذلك من الأحاديث المشهورة أربعة أحاديث واحد منها متفق على صحته وثلاثة مختلف فيها أما المتفق على صحته فحديث عائشة قالت جاءت فاطمة ابنة أبي حبيش الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله اني امرأة أستحاض فلا أطهر أفأدع الصلاة فقال لها عليه الصلاة والسلام لا انما ذلك عرق وليست بالحيضة فاذا أقبلت الحيضة فدعي الصلاة واذا أدبرت فاغسلي عنك الدم وصلي وفي بعض روايات هذا الحديث وتوضئ لكل صلاة وهذه الزيادة لم يخرجها البخاري ولا مسلم وخرجها أبو داود وصححها قوم من أهل الحديث والحديث الثاني حديث عائشة عن أم حبيبة بنت جحش امرأة عبد الرحمن بن عوف انها استحاضت فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تغتسل لكل صلاة وهذا الحديث هكذا أسنده اسحق عن الزهري وأما سائر أصحاب الزهري فانما رووا عنه انها استحيضت فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها انما هو عرق وليست بالحيضة وأمرها أن تغتسل وتصلي فكانت تغتسل لكل صلاة على ان ذلك هو الذي فهمت منه لا ان ذلك منقول من لفظه عليه الصلاة والسلام ومن هذا

الطريق خرجه البخارى وأما الثالث فحديث أسماء ابنة عميس أنها قالت يارسول الله ان فاطمة ابنة أبى حبيش استحيضت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لتغتسل للظهر والعصر غسلا واحدا وللمغرب والعشاء غسلا واحدا وتغتسل للفجر وتتوضأ فيما بين ذلك خرجه أبو داود وصححه أبو محمد بن حزم وأما الرابع فحديث حمنة ابنة جحش وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خيرها بين أن تصلى الصلوات بطهر واحد عندما ترى انه قد انقطع دم الحيض و بين أن تغتسل فى اليوم والليلة ثلاث مرات على حديث أسماء بنت عميس الا أن هنالك ظاهره على الوجوب وهنا على التخيير فلما اختلفت ظواهر هذه الاحاديث ذهب الفقهاء فى تأويلها أربعة مذاهب مذهب النسخ ومذهب الترجيح ومذهب الجمع ومذهب البناء والفرق بين الجمع والبناء ان البانى ليس يرى ان هنالك تعارضا فيجمع بين الحديثين وأما الجامع فهو يرى ان هنالك تعارضا فى الظاهر فتأمل هذا فانه فرق بين أما من ذهب مذهب الترجيح فمن أخذ بحديث فاطمة ابنة حبيش لمكان الاتفاق على صحته عمل على ظاهره أعنى من أنه لم يأمرها صلى الله عليه وسلم أن تغتسل لكل صلاة ولا أن تجمع بين الصلوات بغسل واحد ولا بشئ من تلك المذاهب والى هذا ذهب مالك وأبو حنيفة والشافعى وأصحاب هؤلاء وهم الجمهور ومن صحت عنده من هؤلاء الزيادة الواردة فيه وهو الامر بالوضوء لكل صلاة أوجب ذلك عليها ومن لم تصح عنده لم يوجب ذلك عليها * وأما من ذهب مذهب البناء فقال انه ليس بين حديث فاطمة وحديث أم حبيبة الذى من رواته ابن اسحق تعارض أصلا وان الذى فى حديث أم حبيبة من ذلك زيادة على ما فى حديث فاطمة فان حديث فاطمة انما وقع الجواب فيه عن السؤال هل ذلك الدم حيض يمنع الصلاة أم لا فأخبرها عليه الصلاة والسلام انها ليست بحيضة تمنع الصلاة ولم يخبرها فيه بوجوب الطهر أصلا لكل صلاة ولا عند انقطاع دم الحيض وفى حديث أم حبيبة أمرها بشئ واحد وهو التطهر لكل صلاة لكن للجمهور أن يقولوا ان تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فلو كان واجبا عليها الطهر لكل صلاة لأخبرها بذلك و يبعد أن يدعى مدع انها كانت تعرف ذلك مع انها كانت تجهل الفرق بين الاستحاضة والحيض وأما تركه عليه الصلاة والسلام اعلامها

بالطهر الواجب عليها عند انقطاع دم الحيض فضمن فى قوله انها ليست بالحيضة لأنه كان معلوما من سنته عليه الصلاة والسلام ان انقطاع الحيض يوجب الغسل فاذا انما لم يخبرها بذلك لأنها كانت عالمة به وليس الامر كذلك فى وجوب الطهر لكل صلاة الا أن يدعى مدع ان هذه الزيادة لم تكن قبل ثابتة وثبتت بعد فيتطرق الى ذلك المسئلة المشهورة هل الزيادة نسخ أم لا وقد روى فى بعض طرق حديث فاطمة أمره عليه الصلاة والسلام لها بالغسل فهذا هو حال من ذهب مذهب الترجيح ومذهب البناء وأما من ذهب مذهب النسخ فقال ان حديث أسماء بنت عميس ناسخ لحديث أم حبيبة واستدل على ذلك بما روى عن عائشة أن سهلة ابنة سهيل استحيضت وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يأمرها بالغسل عند كل صلاة فلما جهدها ذلك أمرها أن تجمع بين الظهر والعصر فى غسل واحد والمغرب والعشاء فى غسل واحد وتغتسل ثالثا للصبح وأما الذين ذهبوا مذهب الجمع فقالوا ان حديث فاطمة ابنة حبيش محمول على التى تعرف أيام الحيض من أيام الاستحاضة وحديث أم حبيبة محمول على التى لا تعرف ذلك فأمرت بالطهر فى كل وقت احتياطا للصلاة وذلك ان هذه اذا قامت الى الصلاة يحتمل أن تكون طهرت فيجب عليها أن تغتسل لكل صلاة وأما حديث أسماء ابنة عميس فمحمول على التى لا يتميز لها أيام الحيض من أيام الاستحاضة الا انه قد ينقطع عنها فى أوقات فهذه اذا انقطع عنها الدم وجب عليها أن تغتسل وتصلى بذلك الغسل صلاتين وهنا قوم ذهبوا مذهب التخيير بين حديثى أم حبيبة وأسماء واحتجوا لذلك بحديث حمنة بنت جحش وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خيرها وهؤلاء منهم من قال ان المخيرة هى التى لا تعرف أيام حيضتها ومنهم من قال بل هى المستحاضة على الاطلاق عارفة كانت أو غير عارفة وهذا هو قول خامس فى المسئلة الا ان الذى فى حديث حمنة ابنة جحش انما هو التخيير بين أن تصلى الصلوات كلها بطهر واحد و بين أن تتطهر فى اليوم والليلة ثلاث مرات وأما من ذهب الى أن الواجب أن تتطهر فى كل يوم مرة واحدة فلعله انما أوجب ذلك عليها لمكان الشك ولست أعلم فى ذلك أثرا

﴿المسئلة الخامسة﴾ اختلف العلماء فى جواز وطء المستحاضة على ثلاثة أقوال فقال

قوم يجوز وطؤها وهو الذى عليه فقهاء الأمصار وهو مروى عن ابن عباس وسعيد ابن المسيب وجماعة من التابعين وقال قوم ليس يجوز وطؤها وهو مروى عن عائشة وبه قال النخعي والحكم وقال قوم لا يأتيها زوجها الا أن يطول ذلك بها وبهذا القول قال أحمد بن حنبل وسبب اختلافهم هل اباحة الصلاة لها هى رخصة لمكان تأكيد وجوب الصلاة أم انما أبيحت لها الصلاة لأن حكمها حكم الطاهر فمن رأى ان ذلك رخصة لم يجز لزوجها أن يطأها ومن رأى ان ذلك لأن حكمها حكم الطاهر أباح لها ذلك وهى بالجملة مسئلة مسكوت عنها وأما التفريق بين الطول ولا طول فاستحسان

﴿ كتاب التيمم ﴾

والقول المحيط باصول هذا الكتاب يشتمل بالجملة على سبعة أبواب الباب الأول فى معرفة الطهارة التى هذه الطهارة بدل منها الثانى فى معرفة من تجوز له هذه الطهارة الثالث فى معرفة شروط جواز هذه الطهارة الرابع فى صفة هذه الطهارة الخامس فيما تصنع به هذه الطهارة السادس فى نواقض هذه الطهارة السابع فى الأشياء التى هذه الطهارة شرط فى صحتها أو فى استباحتها

(الباب الأول)

اتفق العلماء على أن هذه الطهارة هى بدل من الطهارة الصغرى واختلفوا فى الكبرى فروى عن عمر وابن مسعود أنهما كانا لا يريانها بدلا من الكبرى وكان على وغيره من الصحابة يرون أن التيمم يكون بدلا من الطهارة الكبرى وبه قال عامة الفقهاء والسبب فى اختلافهم الاحتمال الوارد فى آية التيمم وانه لم تصح عندهم الآثار الواردة بالتيمم للجنب أما الاحتمال الوارد فى الآية فلان قوله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا) يحتمل أن يعود الضمير الذى فيه على المحدث حدثا أصغر فقط ويحتمل أن يعود عليهما معا لكن من كانت الملامسة عنده فى الآية الجماع فالاظهر انه عائد عليهما معا ومن كانت الملامسة عنده هى اللمس باليد أعنى فى قوله تعالى (أو لامستم النساء) فالاظهر انه انما يعود الضمير عنده على المحدث حدثا أصغر فقط اذا كانت الضمائر انما يحمل أبدا عودها على أقرب مذكور الا أن يقدر فى الآية تقديما

وتأخيرا حتى يكون تقديرها هكذا يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة أوجاء أحد منكم من الغائط أولامستم النساء فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق وامسحوا برؤسكم وأرجلكم الى الكعبين وان كنتم جنبا فاطهروا وان كنتم مرضى أوعلى سفر فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا ومثل هذا ليس ينبغي أن يصار اليه الا بدليل فان التقديم والتأخير مجاز وحمل الكلام على الحقيقة أولى من حمله على المجاز وقد يظن ان في الآية شيأ يقتضي تقديما وتأخيرا وهو أن حملها على ترتيبها يوجب ان المرض والسفر حدثان لكن هذا لا يحتاج اليه اذا قدرت أو ههنا بمعنى الواو وذلك موجود في كلام العرب في مثل قول الشاعر

وكان سيان ألا يسرحوا نعما * أو يسرحوه بها واغبرت السرح

فانه انما يقال سيان زيد وعمرو وهذا هو أحد الأسباب التي أوجبت الخلاف في هذه المسئلة وأما ارتيابهم في الآثار التي وردت في هذا المعنى فبين مما خرجه البخاري ومسلم ان رجلا أتى عمر رضي الله عنه فقال أجنبت فلم أجد الماء فقال لا تصل فقال عمار أما تذكر يا أمير المؤمنين اذ أنا وأنت في سرية فاجنبنا فلم نجد الماء فاما أنت فلم تصل وأما أنا فتمعكت في التراب فصليت فقال النبي صلى الله عليه وسلم انما كان يكفيك أن تضرب بيديك ثم تنفخ فيهما ثم تمسح بهما وجهك وكفيك فقال عمر اتق الله يا عمار فقال ان شئت لم أحدث به وفي بعض الروايات أنه قال له عمر نوليك ما توليت وخرج مسلم عن شقيق قال كنت جالسا مع عبد الله بن مسعود وأبي موسى فقال أبو موسى يا أبا عبد الرحمن أرأيت لو أن رجلا أجنب فلم يجد الماء شهرا كيف يصنع بالصلاة فقال عبد الله لأبي موسى لا يتيمم وان لم يجد الماء شهرا فقال أبو موسى فكيف بهذه الآية في سورة المائدة (فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا) فقال عبد الله لو رخص لهم في هذه الآية لأوشك اذا برد عليهم الماء أن يتيمموا بالصعيد فقال أبو موسى لعبد الله ألم تسمع لقول عمار وذكر له الحديث المتقدم فقال له عبد الله ألم تر عمر لم يقنع بقول عمار لكن الجمهور رأوا ان ذلك قد ثبت من حديث عمار وعمران بن الحصين خرجهما البخاري وان نسيان عمر ليس مؤثرا في وجوب العمل بحديث عمار وأيضا فانهم استدلوا بجواز التيمم للجنب والحائض بعموم قوله عليه الصلاة والسلام جعلت

لى الارض مسجدا وطهورا وأما حديث عمران بن الحصين فهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا معتزلا لم يصل مع القوم فقال يافلان أما يكفيك أن تصلى مع القوم فقال يارسول الله أصابتنى جنابة ولا ماء فقال عليه الصلاة والسلام عليك بالصعيد فانه يكفيك ولموضع هذا الاحتمال اختلفوا اهل لمن ليس عنده ماء أن يطأ أهله أم لا يطؤها أعنى من يجوز للجنب التيمم

(الباب الثانى)

وأما من تجوز له هذه الطهارة فأجمع العلماء انها تجوز لاثنين للمريض وللمسافر اذا عدما الماء واختلفوا فى أربع فى المريض يجد الماء و يخاف من استعماله وفى الحاضر يعدم الماء وفى الصحيح المسافر يجد الماء فيمنعه من الوصول اليه خوف وفى الذى يخاف من استعماله من شدة البرد فاما المريض الذى يجد الماء ويخاف من استعماله فقال الجمهور يجوز التيمم له وكذلك الصحيح الذى يخاف الهلاك أو المرض الشديد من برد الماء وكذلك الذى يخاف من الخروج الى الماء الا ان معظمهم أوجب عليه الاعادة اذا وجد الماء وقال عطاء لايتيمم المريض ولا غير المريض اذا وجد الماء وأما الحاضر الصحيح الذى يعدم الماء فذهب مالك والشافعى الى جواز التيمم له وقال أبو حنيفة لايجوز التيمم للحاضر الصحيح وان عدم الماء وسبب اختلافهم فى هذه المسائل الاربع التى هى قواعد هذا الباب أما فى المريض الذى يخاف من استعمال الماء فهو اختلافهم هل فى الآية محذوف مقدر فى قوله تعالى (وان كنتم مرضى أو على سفر) فمن رأى أن فى الآية حذفا وان تقدير الكلام وان كنتم مرضى لا تقدرون على استعمال الماء وان الضمير فى قوله تعالى فلم تجدوا ماء انما يعود على المسافر فقط أجاز التيمم للمريض الذى يخاف من استعمال الماء ومن رأى ان الضمير فى لم تجدوا ماء يعود على المريض والمسافر معا وانه ليس فى الآية حذف لم يجز للمريض اذا وجد الماء التيمم وأما سبب اختلافهم فى الحاضر الذى يعدم الماء فاحتمال الضمير الذى فى قوله تعالى فلم تجدوا ماء أن يعود على أصناف المحدثين أعنى الحاضرين والمسافرين أو على المسافرين فقط فمن رآه عائدا على جميع أصناف المحدثين أجاز التيمم للحاضرين ومن رآه عائدا

على المسافرين فقط أو على المرضى والمسافرين لم يجز التيمم للحاضر الذى عدم الماء وأما سبب اختلافهم فى الخائف من الخروج الى الماء فاختلافهم فى قياسه على من عدم الماء وكذلك اختلافهم فى الصحيح يخاف من برد الماء السبب فيه هو اختلافهم فى قياسه على المريض الذى يخاف من استعمال الماء وقد رجح منهم القائلون بجواز التيمم للمريض بحديث جابر فى المجروح الذى اغتسل فمات فأجاز عليه الصلاة والسلام المسح له وقال قتلوه قتلهم الله وكذلك رجحوا أيضا قياس الصحيح الذى يخاف من برد الماء على المريض بما روى أيضا فى ذلك عن عمرو بن العاص انه أجنب فى ليلة باردة فتيمم وتلا قول الله تعالى (ولا تقتلوا أنفسكم ان الله كان بكم رحيما) فذكر ذلك للنبى عليه الصلاة والسلام فلم يعنف

(الباب الثالث)

وأما معرفة شروط هذه الطهارة فيتعلق بها ثلاث مسائل قواعد احداها هل النية من شرط هذه الطهارة أم لا والثانية هل الطلب شرط فى جواز التيمم عند عدم الماء أم لا والثالثة هل دخول الوقت شرط فى جواز التيمم أم لا

﴿أما المسئلة الاولى﴾ فالجمهور على أن النية فيها شرط لكونها عبادة غير معقولة المعنى وشذ زفر فقال ان النية ليست بشرط فيها وأنها لا تحتاج الى نية وقد روى ذلك أيضا عن الاوزاعى والحسن بن حى وهو ضعيف

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ فان مالكا رضى الله عنه اشترط الطلب وكذلك الشافعى ولم يشترطه أبو حنيفة وسبب اختلافهم فى هذا هو هل يسمى من لم يجد الماء دون طلب غير واجد للماء أم ليس يسمى غير واجد للماء الا اذا طلب الماء فلم يجده لكن الحق فى هذا أن يعتقد ان المتيقن لعدم الماء اما بطلب متقدم واما بغير ذلك هو عادم للماء وأما الظان فليس بعادم للماء ولذلك يضعف القول بتكرر الطلب الذى فى المذهب فى المكان الواحد بعينه ويقوى اشتراطه ابتداء اذا لم يكن هنالك علم قطعى بعدم الماء

﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ وهو اشتراط دخول الوقت فمنهم من اشترطه وهو مذهب

الشافعي ومالك ومنهم من لم يشترطه و به قال أبو حنيفة وأهل الظاهر وابن شعبان من أصحاب مالك وسبب اختلافهم هو هل ظاهر مفهوم آية الوضوء يقتضي أن لا يجوز التيمم والوضوء الا عند دخول الوقت لقوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) الآية فأوجب الوضوء والتيمم عند وجوب القيام الى الصلاة وذلك اذا دخل الوقت فوجب لهذا أن يكون حكم الوضوء والتيمم في هذا حكم الصلاة أعني أنه كما ان الصلاة من شرط صحتها الوقت كذلك من شرط صحة الوضوء والتيمم الوقت الا أن الشرع خصص الوضوء من ذلك فبقي التيمم على أصله أم ليس يقتضي هذا ظاهر مفهوم الآية وان تقدير قوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) أي اذا أردتم القيام الى الصلاة وأيضا فانه لو لم يكن هنالك محذوف لما كان يفهم من ذلك الا ايجاب الوضوء والتيمم عند وجوب الصلاة فقط لا أنه لا يجزئ ان وقع قبل الوقت الا أن يقاسا على الصلاة فلذلك الاولى أن يقال في هذا ان سبب الخلاف فيه هو قياس التيمم على الصلاة لكن هذا يضعف فان قياسه على الوضوء أشبه فتأمل هذه المسئلة فانها ضعيفة أعني من يشترط في صحته دخول الوقت ويجعله من العبادة المؤقتة فان التوقيت في العبادة لا يكون الا بدليل سمعي وانما يسوغ القول بهذا اذا كان على رجاء من وجود الماء قبل دخول الوقت فيكون هذا ليس من باب ان هذه العبادة موقتة لكن من باب انه ليس ينطلق اسم الغير واجد للماء الا عند دخول وقت الصلاة لانه ما لم يدخل وقتها أمكن أن يطرأ هو على الماء ولذلك اختلف المذهب متى يتيمم هل في أول الوقت أو في وسطه أو في آخره لكن ههنا مواضع يعلم قطعا ان الانسان ليس بطارئ على الماء فيها قبل دخول الوقت ولا الماء بطارئ عليه وأيضا فان قدرنا طروّ الماء فليس يجب عليه الا نقض التيمم فقط لا منع صحته وتقدير الطروّ هو ممكن في الوقت و بعده فلم جعل حكمه قبل الوقت بخلاف حكمه في الوقت أعني انه قبل الوقت يمنع انعقاد التيمم و بعد دخول الوقت لا يمنعه وهذا كله لا ينبغي أن يصار اليه الا بدليل سمعي و يلزم على هذا ألا يجوز التيمم الا في آخر الوقت فتأمله

﴿ الباب الرابع ﴾

وأما صفة هذه الطهارة فيتعلق بها ثلاث مسائل هي قواعد هذا الباب

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلف الفقهاء في حد الايدى التي أمر الله بمسحها في التيمم في قوله فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه على أربعة أقوال القول الاول ان الحد الواجب في ذلك هو الحد الواجب بعينه في الوضوء وهو الى المرافق وهو مشهور المذهب وبه قال فقهاء الامصار والقول الثاني ان الفرض هو مسح الكف فقط وبه قال أهل الظاهر وأهل الحديث والقول الثالث الاستحباب الى المرفقين والفرض الكفان وهو مروى عن مالك والقول الرابع ان الفرض الى المناكب وهو شاذ روى عن الزهرى ومحمد بن مسلمة والسبب في اختلافهم اشتراك اسم اليد في لسان العرب وذلك ان اليد في كلام العرب يقال على ثلاثة معان على الكف فقط وهو أظهرها استعمالا ويقال على الكف والذراع ويقال على الكف والساعد والعضد والسبب الثانى اختلاف الآثار في ذلك وذلك ان حديث عمار المشهور فيه من طرقه الثابتة انما يكفيك أن تضرب بيدك ثم تنفخ فيها ثم تمسح بها وجهك وكفيك وورد في بعض طرقه أنه قال له عليه الصلاة والسلام وان تمسح بيديك الى المرفقين وروي أيضا عن ابن عمر أن النبي عليه الصلاة والسلام قال التيمم ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين الى المرفقين وروى أيضا من طريق ابن عباس ومن طريق غيره فذهب الجمهور الى ترجيح هذه الاحاديث على حديث عمار الثابت من جهة عضد القياس لها أعنى من جهة قياس التيمم على الوضوء وهو بعينه حملهم على ان عدلوا بلفظ اسم اليد عن الكف الذى هو فيه أظهر الى الكف والساعد ومن زعم انه ينطلق عليهما بالسواء وانه ليس في أحدهما أظهر منه في الثانى فقد أخطأ فان اليد وان كانت اسما مشتركا فهي في الكف حقيقة وفيما فوق الكف مجاز وليس كل اسم مشترك هو مجمل وانما المشترك المجمل الذى وضع من أول أمره مشتركا وفي هذا قال الفقهاء انه لا يصح الاستدلال به ولذلك ما نقول ان الصواب هو أن يعتقد ان الفرض انما هو الكفان فقط وذلك ان اسم اليد لا يخلو أن يكون في الكف أظهر منه في سائر الاجزاء أو يكون دلالته على سائر أجزاء الذراع والعضد بالسواء فان كان

أظهر فيجب المصير اليه على ما يجب المصير الى الاخذ بالظاهر وان لم يكن أظهر فيجب المصير الى الاخذ بالاثر الثابت فاما أن يغلب القياس ههنا على الاثر فلا معنى له ولا أن ترجح به أيضا أحاديث لم تثبت بعد فالقول فى هذه المسئلة بين من الكتاب والسنة فتأمله وأما من ذهب الى الآباط فانما ذهب الى ذلك لانه قد روى فى بعض طرق حديث عمار أنه قال تيممنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فمسحنا بوجوهنا وأيدينا الى المناكب ومن ذهب الى أن يحمل تلك الاحاديث على الندب وحديث عمار على الوجوب فهو مذهب حسن اذ كان الجمع أولى من الترجيح عند أهل الكلام الفقهى الا أن هذا انما ينبغى أن يصار اليه ان صحت تلك الأحاديث

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف العلماء فى عدد الضربات على الصعيد للتيمم فمنهم من قال واحدة ومنهم من قال اثنتين والذين قالوا اثنتين منهم من قال ضربة للوجه وضربة لليدين وهم الجمهور واذا قلت الجمهور فالفقهاء الثلاثة معدودون فيهم أعنى مالكا والشافعى وأبا حنيفة ومنهم من قال ضربتان لكل واحد منهما أعنى لليد ضربتان وللوجه ضربتان والسبب فى اختلافهم ان الآية مجملة فى ذلك والاحاديث متعارضة وقياس التيمم على الوضوء فى جميع أحواله غير متفق عليه والذى فى حديث عمار الثابت من ذلك انما ضربة واحدة للوجه والكفين معا لكن ههنا أحاديث فيها ضربتان فرجح الجمهور هذه الأحاديث لمكان قياس التيمم على الوضوء

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلف الشافعى مع مالك وأبى حنيفة وغيرهما فى وجوب توصيل التراب الى أعضاء التيمم فلم ير ذلك أبو حنيفة واجبا ولا مالك ورأى ذلك الشافعى واجبا وسبب اختلافهم الاشتراك الذى فى حرف من فى قوله تعالى ﴿ فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه) وذلك ان منه قد ترد للتبعيض وقد ترد لتمييز الجنس فمن ذهب الى أنها ههنا للتبعيض أوجب نقل التراب الى أعضاء التيمم ومن رأى انها لتمييز الجنس قال ليس النقل واجبا والشافعى انما رجح حملها على التبعيض من جهة قياس التيمم على الوضوء لكن يعارضه حديث عمار المتقدم لأن فيه ثم تنفخ فيها وتيمم رسول الله صلى الله عليه وسلم على الحائط و ينبغى ان تعلم ان الاختلاف فى وجوب الترتيب فى التيمم ووجوب الفور فيه هو بعينه اختلافهم فى ذلك فى الوضوء واسباب

الخلاف هنالك هي اسبابه هنا فلا معنى لاعادته

(الباب الخامس)

فيما تصنع به هذه الطهارة وفيه مسئلة واحدة وذلك انهم اتفقوا على جوازها بتراب الحرث الطيب واختلفوا فى جواز فعلها بما عدا التراب من اجزاء الارض المتولدة عنها كالحجارة فذهب الشافعي الى أنه لا يجوز التيمم الا بالتراب الخالص وذهب مالك وأصحابه الى أنه يجوز التيمم بكل ما صعد على وجه الأرض من أجزائها فى المشهور عنه الحصا والرمل والتراب وزاد أبو حنيفة فقال وبكل ما يتولد من الارض من الحجارة مثل النورة والزرنيخ والجص والطين والرخام ومنهم من شرط أن يكون التراب على وجه الارض وهم الجمهور وقال أحمد بن حنبل يتيمم بغبار الثوب واللبد والسبب فى اختلافهم شيآن أحدهما اشتراك اسم الصعيد فى لسان العرب فانه مرة يطلق على التراب الخالص ومرة يطلق على جميع أجزاء الأرض الظاهرة حتى ان مالكا وأصحابه حملهم دلالة اشتقاق هذا الاسم أعنى الصعيد أن يجيزوا فى احدى الروايات عنهم التيمم على الحشيش وعلى الثلج قالوا لانه يسمى صعيدا فى أصل التسمية أعنى من جهة صعوده على الارض وهذا ضعيف والسبب الثانى اطلاق اسم الارض فى جواز التيمم بها فى بعض روايات الحديث المشهور وتقييدها بالتراب فى بعضها وهو قوله عليه الصلاة والسلام جعلت لى الارض مسجدا وطهورا فان فى بعض رواياته جعلت لى الارض مسجدا وطهورا وفى بعضها جعلت لى الارض مسجدا وجعلت لى تربتها طهورا وقد اختلف أهل الكلام الفقهى هل يقضى بالمطلق على المقيد أو بالمقيد على المطلق والمشهور عندهم أن يقضى بالمقيد على المطلق وفيه نظر ومذهب أبى محمد بن حزم أن يقضى بالمطلق على المقيد لان المطلق فيه زيادة معنى فمن كان رأيه القضاء بالمقيد على المطلق وحمل اسم الصعيد الطيب على التراب لم يجز التيمم الا بالتراب ومن قضى بالمطلق على المقيد وحمل اسم الصعيد على كل ما على وجه الارض من أجزائها أجاز التيمم بالرمل والحصى وأما اجازة التيمم بما يتولد منها فضعيف اذ كان لا يتناوله اسم الصعيد فان أعم دلالة اسم الصعيد أن يدل على ما تدل عليه الأرض لا أن يدل على الزرنيخ

والنورة ولا على الثلج والحشيش والله الموفق للصواب والاشتراك الذى فى اسم الطيب أيضامن أحد دواعى الخلاف

(الباب السادس)

وأما نواقض هذه الطهارة فانهم اتفقوا على أنه ينقضها ماينقض الاصل الذى هو الوضوء أوالطهر واختلفوا من ذلك فى مسئلتين احدهما هل ينقضها ارادة صلاة أخرى مفروضة غير المفروضة التى تيمم لها والمسئلة الثانية هل ينقضها وجود الماء أم لا

﴿ أما المسئلة الاولى ﴾ فذهب مالك فيها الى أن ارادة الصلاة الثانية تنقض طهارة الاولى ومذهب غيره خلاف ذلك وأصل هذا الخلاف يدور على شيئين أحدهما هل فى قوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) محذوف مقدر أعنى اذا قمتم من النوم أو قمتم محدثين أم ليس هنالك محذوف أصلا فمن رأى أن لا محذوف هنالك قال ظاهر الآية وجوب الوضوء أو التيمم عند القيام لكل صلاة لكن خصصت السنة من ذلك الوضوء فبقى التيمم على أصله لكن لا ينبغى أن يحتج بهذا المالك فان مالكا يرى أن فى الآية محذوفا على مارواه عن زيد بن أسلم فى موطئه وأما السبب الثانى فهو تكرار الطلب عند دخول وقت كل صلاة وهذا هو ألزم لأصول مالك أعنى أن يحتج له بهذا وقد تقدم القول فى هذه المسئلة ومن لم يتكرر عنده الطلب وقدر فى الآية محذوفا لم ير ارادة الصلاة الثانية ممـا ينقض التيمم

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ فان الجمهور ذهبوا الى أن وجود الماء ينقضها وذهب قوم الى أن الناقض لها هو الحدث وأصل هـذا الخلاف هل وجود الماء يرفع استصحاب الطهارة التى كانت بالتراب أو يرفع ابتداء الطهارة به فمن رأى أنه يرفع ابتداء الطهارة به قال لا ينقضها الا الحدث ومن رأى أنه يرفع استصحاب الطهارة قال انه ينقضها فان حد الناقض هو الرافع للاستصحاب وقد احتج الجمهور لمذهبهم بالحديث الثابت وهو قوله عليه الصـلاة والسلام جعلت لى الارض مسجدا وطهورا مالم يجـد الماء والحديث محتمل فانه يمكن أن يقال ان قوله عليه الصلاة والسلام مالم يجد الماء يمكن أن يفهم منه فاذا وجد الماء انقطعت هذه الطهارة وارتفعت و يمكن أن يفهم منه فاذا

وجد الماء لم تصح ابتداء هذه الطهارة والاقوى فى عضد الجمهور هو حديث أبى سعيد الخدرى وفيه أنه عليه الصلاة والسلام قال فاذا وجدت الماء فامسه جلدك فان الامر محمول عند جمهور المتكلمين على الفور وان كان أيضا قد يتطرق اليه الاحتمال المتقدم فتأمل هذا وقد حمل الشافعي تسليمه ان وجود الماء يرفع هذه الطهارة أن قال ان التيمم ليس رافعا للحدث أى ليس مفيدا للمتيمم الطهارة الرافعة للحدث وانما هو مبيح للصلاة فقط مع بقاء الحدث وهذا لا معنى له فان الله قد سماه طهارة وقد ذهب قوم من أصحاب مالك هذا المذهب فقالوا ان التيمم لا يرفع الحدث لانه لو رفعه لم ينقضه الا الحدث والجواب أن هذه الطهارة وجود الماء فى حقها هو حدث خاص بها على القول بأن الماء ينقضها واتفق القائلون بأن وجود الماء ينقضها على أنه ينقضها قبل الشروع فى الصلاة و بعد الصلاة واختلفوا هل ينقضها طروه فى الصلاة فذهب مالك والشافعى وداود الى أنه لا ينقض الطهارة فى الصلاة وذهب أبو حنيفة وأحمد وغيرهما الى أنه ينقض الطهارة فى الصلاة وهم أحفظ للاصل لانه أمر غير مناسب للشرع أن يوجد شئ واحد لا ينقض الطهارة فى الصلاة و ينقضها فى غير الصلاة و بمثل هذا شنعوا على مذهب أبى حنيفة فيما يراه من أن الضحك فى الصلاة ينقض الوضوء مع أنه مستند فى ذلك الى الاثر فتأمل هذه المسئلة فانها بينة ولا حجة فى الظواهر التى يرام الاحتجاج بها لهذا المذهب من قوله تعالى (ولا تبطلوا أعمالكم) فان هذا لم يبطل الصلاة بارادته وانما أبطلها طروّ الماء كما لو أحدث

(الباب السابع)

واتفق الجمهور على أن الافعال التى هذه الطهارة شرط فى صحتها هى الافعال التى الوضوء شرط فى صحتها من الصلاة ومس المصحف وغير ذلك واختلفوا هل يستباح بها أكثر من صلاة واحدة فقط فمشهور مذهب مالك أنه لا يستباح بها صلاتان مفروضتان أبدا واختلف قوله فى الصلاتين المقضيتين والمشهور عنه أنه اذا كانت احدى الصلاتين فرضا والاخرى نفلا أنه ان قدم الفرض جمع بينهما وان قدم النفل لم يجمع بينهما وذهب أبو حنيفة الى أنه يجوز الجمع بين صلوات مفروضة بتيمم واحد وأصل هذا

الخلاف هل هو التيمم يجب لكل صلاة أم لا اما من قبل ظاهر الآية كما تقدم واما من قبل وجوب تكرر الطلب واما من كليهما

(كتاب الطهارة من النجس)

والقول المحيط بأصول هذه الطهارة وقواعدها ينحصر فى ستة أبواب الباب الاول فى معرفة حكم هذه الطهارة أعنى فى الوجوب أو فى الندب اما مطلقا واما من جهة انها مشترطة فى الصلاة الباب الثانى فى معرفة أنواع النجاسات الباب الثالث فى معرفة المحال التى يجب ازالتها عنها الباب الرابع فى معرفة الشئ الذى به تزال الباب الخامس فى صفة ازالتها فى محل محل الباب السادس فى آداب الاحداث

(الباب الاول)

والاصل فى هذا الباب أما من الكتاب فقوله تعالى (وثيابك فطهر) وأما من السنة فآثار كثيرة ثابتة منها قوله عليه الصلاة والسلام من توضأ فليستنثر ومن استجمر فليوتر ومنها أمره صلى الله عليه وسلم بغسل دم الحيض من الثوب وأمره بصب ذنوب من ماء على بول الاعرابى وقوله عليه الصلاة والسلام فى صاحبى القبر انهما ليعذبان وما يعذبان فى كبير أما أحدهما فكان لا يستنزه من البول واتفق العلماء لمكان هذه المسموعات على أن ازالة النجاسة مأمور بها فى الشرع واختلفوا هل ذلك على الوجوب أو على الندب المذكور وهو الذى يعبر عنه بالسنة فقال قوم ان ازالة النجاسات واجبة وبه قال أبو حنيفة والشافعى وقال قوم ازالتها سنة مؤكدة وليست بفرض وقال قوم هى فرض مع الذكر ساقطة مع النسيان وكلا هذين القولين عن مالك وأصحابه وسبب اختلافهم فى هذه المسئلة راجع الى ثلاثة أشياء أحدها اختلافهم فى قوله تبارك وتعالى (وثيابك فطهر) هل ذلك محمول على الحقيقة أو محمول على المجاز والسبب الثانى تعارض ظواهر الآثار فى وجوب ذلك والسبب الثالث اختلافهم فى الامر والنهى الوارد لعلة معقولة المعنى هل تلك العلة المفهومة من ذلك الامر أو النهى قرينة تنقل الامر من الوجوب الى الندب والنهى من الحظر الى الكراهة أم ليست قرينة وانه لا فرق فى ذلك بين العبادة المعقولة وغير المعقولة وانما

صار من صار الى الفرق فى ذلك لأن الأحكام المعقولة المعانى فى الشرع أكثرها هى من باب محاسن الاخلاق أومن باب المصالح وهذه فى الاكثر هى مندوب اليها فمن حمل قوله تعالى وثيابك فطهر على الثياب المحسوسة قال الطهارة من النجاسة واجبة ومن حملها على الكناية عن طهارة القلب لم يرفيها حجة وأما الآثار المتعارضة فى ذلك فمنها حديث صاحبى القبر المشهور وقوله فيهما صلى الله عليه وسلم انهما ليعذبان وما يعذبان فى كبير أما أحدهما فكان لا يستنزه من بوله فظاهر هذا الحديث يقتضى الوجوب لأن العذاب لا يتعلق الا بالواجب وأما المعارض لذلك فما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من أنه رمى عليه وهو فى الصلاة سلا جزور بالدم والفرث فلم يقطع الصلاة وظاهر هذا أنه لو كانت ازالة النجاسة واجبة كوجوب الطهارة من الحدث لقطع الصلاة ومنها ماروى أن النبى عليه الصلاة والسلام كان فى صلاة من الصلوات يصلى فى نعليه فطرح نعليه فطرح الناس لطرحه نعالهم فأنكر ذلك عليهم عليه الصلاة والسلام وقال انما خلعتها لان جبريل أخبرنى أن فيها قذرا فظاهر هذا أنه لو كانت واجبة لما بنى على مامضى من الصلاة فمن ذهب فى هذه الآثار مذهب ترجيح الظواهر قال اما بالوجوب ان رجح ظاهر حديث الوجوب أو بالندب ان رجح ظاهر حديثى الندب أعنى الحديثين اللذين يقتضيان ان ازالتها من باب الندب المؤكد ومن ذهب مذهب الجمع فنهم من قال هى فرض مع الذكر والقدرة ساقطة مع النسيان وعدم القدرة ومنهم من قال هى فرض مطلقا وليست من شروط صحة الصلاة وهى قول رابع فى المسئلة وهو ضعيف لان النجاسة انما تزال فى الصلاة وكذلك من فرق بين العبادة المعقولة المعنى و بين الغير معقولته أعنى أنه جعل الغير معقولة آكد فى باب الوجوب فرق بين الامر الوارد فى الطهارة من الحدث و بين الامر الوارد فى الطهارة من النجس لان الطهارة من النجس معلوم أن المقصود بها النظافة وذلك من محاسن الاخلاق واما الطهارة من الحدث فغير معقولة المعنى مع ما اقترن بذلك من صلاتهم فى النعال مع انها لا تنفك من ان يوطأ بها النجاسات غالبا وما اجمعوا عليه من العفو عن اليسير فى بعض النجاسات

(الباب الثانى)

واما انواع النجاسات فان العلماء اتفقوا من اعيانها على اربعة ميتة الحيوان ذى الدم الذى ليس بمائى وعلى لحم الخنزير بأى سبب اتفق ان تذهب حياته وعلى الدم نفسه من الحيوان الذى ليس بمائى انفصل من الحى او الميت اذا كان مسفوحا اعنى كثيرا وعلى بول ابن آدم ورجيعه واكثرهم على نجاسة الخمر وفى ذلك خلاف عن بعض المحدثين واختلفوا فى غير ذلك والقواعد من ذلك سبع مسائل

﴿المسئلة الأولى﴾ اختلفوا فى ميتة الحيوان الذى لادم له وفى ميتة الحيوان البحرى فذهب قوم الى أن ميتة مالادم له طاهرة وكذلك ميتة البحر وهو مذهب مالك وأصحابه وذهب قوم الى التسوية بين ميتة ذوات الدم والتى لا دم لها فى النجاسة واستثنوا من ذلك ميتة البحر وهو مذهب الشافعى الاما وقع الاتفاق على أنه ليس بميتة مثل دود الخل ومايتولد فى المطعومات وسوى قوم بين ميته البر والبحر واستثنوا ميتة مالادم له وهو مذهب أبى حنيفة وسبب اختلافهم فى مفهوم قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) وذلك انهم فيما أحسب اتفقوا انه من باب العام أريد به الخاص واختلفوا أى خاص أريد به فمنهم من استثنى من ذلك ميتة البحر ومالادم له ومنهم من استثنى من ذلك ميتة البحر فقط ومنهم من استثنى من ذلك ميتة مالادم له فقط وسبب اختلافهم فى هذه المستثنيات هو سبب اختلافهم فى الدليل المخصوص أما من استثنى من ذلك مالادم له فحجته مفهوم الأثر الثابت عنه عليه الصلاة والسلام من أمره بمقل الذباب اذا وقع فى الطعام قالوا فهذا يدل على طهارة الذباب وليس لذلك علة الا انه غير ذى دم وأما الشافعى فعنده ان هذا خاص بالذباب لقوله عليه الصلاة والسلام فان فى احدى جناحيه داء وفى الاخرى دواء ووهن الشافعى هذا المفهوم من الحديث بان ظاهر الكتاب يقتضى ان الميتة والدم نوعان من أنواع المحرمات أحدهما تعمل فيه التذكية وهى الميتة وذلك فى الحيوان المباح الأكل باتفاق والدم لا تعمل فيه التذكية فحكمهما مفترق فكيف يجوز أن يجمع بينهما حتى يقال ان الدم هو سبب تحريم الميتة وهذا قوى كما ترى فانه لو كان الدم هو السبب فى تحريم الميتة لما كانت ترتفع الحرمية عن الحيوان

بالذكاة وتبقى حرمية الدم الذى لم ينفصل بعد عن المذكاة وكانت الحلية انما توجد بعد انفصال الدم عنه لانه اذا ارتفع السبب ارتفع المسبب الذى يقتضيه ضرورة لانه ان وجد السبب والمسبب غير موجود فليس له هو سببا ومثال ذلك انه اذا ارتفع التحريم عن عصير العنب وجب ضرورة أن يرتفع الاسكار ان كنا نعتقد أن الاسكار هو سبب التحريم وأما من استثنى من ذلك ميتة البحر فانه ذهب الى الأثر الثابت فى ذلك من حديث جابر وفيه انهم أكلوا من الحوت الذى رماه البحر أياما وتزوّدوا منه وانهم أخبروا بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسن فعلهم وسألهم هل بقى منه شئ وهو دليل على انه لم يجوز ذلك لهم لمكان ضرورة خروج الزاد عنهم واحتجوا أيضا بقوله عليه الصلاة والسلام هو الطهور ماؤه الحل ميتته وأما أبو حنيفة فرجح عموم الآية على هذا الاثر اما لان الآية مقطوع بها والأثر مظنون واما لانه رأى ان ذلك رخصة لهم أعنى حديث جابر أو لانه احتمل عنده أن يكون الحوت مات بسبب وهو رمى البحر به الى الساحل لأن الميتة هو مامات من تلقاء نفسه من غير سبب من خارج ولاختلافهم فى هذا أيضا سبب آخر وهو احتمال عودة الضمير فى قوله تعالى (وطعامه متاعا لكم وللسيارة) أعنى أن يعود على البحر أو على الصيد نفسه فمن أعاده على البحر قال طعامه هو الطافى ومن أعاده على الصيد قال هو الذى أحل فقط من صيد البحر مع أن الكوفيين أيضا تمسكوا فى ذلك بأثر ورد فيه تحريم الطافى من السمك وهو عندهم ضعيف

﴿المسئلة الثانية﴾ وكما اختلفوا فى أنواع الميتات كذلك اختلفوا فى أجزاء ما اتفقوا عليه انه ميتة وذلك انهم اتفقوا على أن اللحم من أجزاء الميتة ميتة واختلفوا فى العظام والشعر فذهب الشافعى الى أن العظم والشعر ميتة وذهب أبو حنيفة الى أنهما ليسا بميتة وذهب مالك للفرق بين الشعر والعظم فقال ان العظم ميتة وليس الشعر ميتة وسبب اختلافهم هو اختلافهم فيما ينطلق عليه اسم الحياة من أفعال الأعضاء فمن رأى ان النموّ والتغذى هو من أفعال الحياة قال ان الشعر والعظام اذا فقدت النموّ والتغذى فهى ميتة ومن رأى انه لا ينطلق اسم الحياة الا على الحس قال ان الشعر والعظام ليست بميتة لأنها لا حس لها ومن فرق بينهما أوجب للعظام

الحس ولم يوجب للشعر وفى حس العظام اختلاف والامر مختلف فيه بين الاطباء ومما يدل على أن التغذى والنموّ ليساهما الحياة التى يطلق على عدمها اسم الميتة ان الجميع قد اتفقوا على أن ماقطع من البهيمة وهى حية انه ميتة لورود ذلك فى الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام ماقطع من البهيمة وهى حية فهو ميتة واتفقوا على أن الشعر اذا قطع من الحى أنه طاهر ولو انطلق اسم الميتة على من فقد التغذى والنموّ لقيل فى النبات المقلوع انه ميتة وذلك أن النبات فيه التغذى والنموّ وللشافعى أن يقول ان التغذى الذى ينطلق على عدمه اسم الموت هو التغذى للموجود فى الحساس

﴿المسئلة الثالثة﴾ اختلفوا فى الانتفاع بجلود الميتة فذهب قوم الى الانتفاع بجلودها مطلقا دبغت أولم تدبغ وذهب قوم الى خلاف هذا وهو ألا ينتفع بها أصلا وان دبغت وذهب قوم الى الفرق بين أن تدبغ وأن لاتدبغ ورأوا أن الدباغ مطهر لها وهو مذهب الشافعى وأبى حنيفة وعن مالك فى ذلك روايتان احداهما مثل قول الشافعى والثانية أن الدباغ لا يطهرها ولكنها تستعمل فى اليابسات والذين ذهبوا الى أن الدباغ مطهر اتفقوا على أنه مطهر لما تعمل فيه الذكاة من الحيوان أعنى المباح الأكل واختلفوا فيما لا تعمل فيه الذكاة فذهب الشافعى الى أنه مطهر لما تعمل فيه الذكاة فقط وانه بدل منها فى افادة الطهارة وذهب أبو حنيفة الى تأثير الدباغ فى جميع ميتات الحيوان ماعدا الخنزير وقال داود تطهر حتى جلد الخنزير وسبب اختلافهم تعارض الآثار فى ذلك وذلك انه ورد فى حديث ميمونة اباحة الانتفاع بها مطلقا وذلك ان فيه انه مر بميتة فقال عليه الصلاة والسلام هلا انتفعتم بجلدها وفى حديث ابن عكيم منع الانتفاع بها مطلقا وذلك ان فيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب ألا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب قال وذلك قبل موته بعام وفى بعضها الامر بالانتفاع بها بعد الدباغ والمنع قبل الدباغ والثابت فى هذا الباب هو حديث ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال اذا دبغ الاهاب فقد طهر فلمكان اختلاف هذه الآثار اختلف الناس فى تأويلها فذهب قوم مذهب الجمع على حديث ابن عباس أعنى انهم فرقوا فى الانتفاع بها بين المدبوغ وغير المدبوغ وذهب قوم مذهب النسخ

فأخذوا بحديث ابن عكيم لقوله فيه قبل موته بعام وذهب قوم مذهب الترجيح لحديث ميمونة ورأوا أنه يتضمن زيادة على ما فى حديث ابن عباس وان تحريم الانتفاع ليس يخرج من حديث ابن عباس قبل الدباغ لان الانتفاع غير الطهارة أعنى كل طاهر ينتفع به وليس يلزم عكس هذا المعنى أعنى أن كل ما ينتفع به هو طاهر

﴿المسئلة الرابعة﴾ اتفق العلما على أن دم الحيوان البرى نجس واختلفوا فى دم السمك وكذلك اختلفوا فى الدم القليل من دم الحيوان غير البحرى فقال قوم دم السمك طاهر وهو أحد قولى مالك ومذهب الشافعى وقال قوم وهو نجس على أصل الدماء وهو قول مالك فى المدونة وكذلك قال قوم ان قليل الدماء معفو عنه وقال قوم بل القليل منها والكثير حكمه واحد والأول عليه الجمهور والسبب فى اختلافهم فى دم السمك هو اختلافهم فى ميتته فمن جعل ميتته داخلة تحت عموم التحريم جعل دمه كذلك ومن أخرج ميتته أخرج دمه قياسا على الميتة وفى ذلك أثر ضعيف وهو قوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان الجراد والحوت والكبد والطحال وأما اختلافهم فى كثير الدم وقليله فسببه اختلافهم فى القضاء بالمقيد على المطلق أو بالمطلق على المقيد وذلك انه ورد تحريم الدم مطلقا فى قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير) وورد مقيدا فى قوله تعالى (قل لا أجد فيما أوحى الى محرما) الى قوله (أودما مسفوحا أو لحم خنزير) فمن قضى بالمقيد على المطلق وهم الجمهور قال المسفوح هو النجس المحرم فقط ومن قضى بالمطلق على المقيد لأن فيه زيادة قال المسفوح وهو الكثير وغير المسفوح وهو القليل كل ذلك حرام وأيد هذا بان كل ما هو نجس لعينه فلا يتبعض

﴿المسئلة الخامسة﴾ اتفق العلماء على نجاسة بول ابن آدم ورجيعه الا بول الصبى الرضيع واختلفوا فيما سواه من الحيوان فذهب الشافعى وأبو حنيفة الى أنها كلها نجسة وذهب قوم الى طهارتها باطلاق أعنى فضلتى سائر الحيوان البول والرجيع وقال قوم أبوالها وأرواثها تابعة للحومها فما كان منها لحومها محرمة فأبوالها وأرواثها نجسة محرمة وما كان منها لحومها مأكولة فأبوالها وأرواثها طاهرة ماعدا التى تأكل النجاسة وما كان منها مكروها فأبوالها وأرواثها مكروهة وبهذا قال

مالك كما قال أبو حنيفة بذلك فى الاسآر وسبب اختلافهم شيئان أحدهما اختلافهم فى مفهوم الاباحة الواردة فى الصلاة فى مرابض الغنم واباحته عليه الصلاة والسلام للعرنيين شرب أبوال الابل وألبانها وفى مفهوم النهى عن الصلاة فى أعطان الابل والسبب الثانى اختلافهم فى قياس سائر الحيوان فى ذلك على الانسان فمن قاس سائر الحيوان على الانسان ورأى انه من باب قياس الأولى والأحرى ولم يفهم من اباحة الصلاة فى مرابض الغنم طهارة أرواثها وأبوالها جعل ذلك عبادة ومن فهم من النهى عن الصلاة فى أعطان الابل النجاسة وجعل اباحته للعرنيين أبوال الابل لمكان المداواة على أصله فى اجازة ذلك قال كل رجيع وبول فهو نجس ومن فهم من حديث أباحة الصلاة فى مرابض الغنم طهارة أرواثها وأبوالها وكذلك من حديث العرنيين وجعل النهى عن الصلاة فى أعطان الابل عبادة أولمعنى غير معنى النجاسة وكان الفرق عنده بين الانسان وبهيمة الأنعام ان فضلتى الانسان مستقذرة بالطبع وفضلتى بهيمة الأنعام ليست كذلك جعل الفضلات تابعة للحوم والله أعلم ومن قاس على بهيمة الأنعام غيرها جعل الفضلات كلها ماعدا فضلتى الانسان غير نجسه ولا محرمة والمسئلة محتملة ولولا انه لايجوز احداث قول لم يتقدم اليه أحد فى المشهور وان كانت مسئلة فيها خلاف لقيل ان ماينتن منها ويستقذر بخلاف مالا ينتن ولا يستقذر وبخاصة ما كان منها رائحته حسنة لاتفاقهم على اباحة العنبر وهو عند أكثر الناس فضلة من فضلات حيوان فى البحر وكذلك المسك وهو فضلة دم الحيوان الذى يوجد المسك فيه فيما يذكر

﴿المسئلة السادسة﴾ اختلف الناس فى قليل النجاسات على ثلاثة أقوال فقوم رأوا قليلها وكثيرها سواء وممن قال بهذا القول الشافعى وقوم رأوا ان قليل النجاسات معفو عنه وحدوه بقدر الدرهم البغلى وممن قال بهذا القول أبو حنيفة وشذ محمد بن الحسن فقال ان كانت النجاسة ربع الثوب فمادونه جازت به الصلاة وقال فريق ثالث قليل النجاسات وكثيرها سواء الا الدم على ماتقدم وهو مذهب مالك وعنه فى دم الحيض روايتان والأشهر مساواته لسائر الدماء وسبب اختلافهم اختلافهم فى قياس قليل النجاسة على الرخصة الواردة فى الاستجمار للعلم بان النجاسة هناك

باقية فمن أجاز القياس على ذلك استجاز قليل النجاسة ولذلك حدوه بالدرهم قياسا على قدر المخرج ومن رأى ان تلك رخصة والرخص لا يقاس عليها منع ذلك وأما سبب استثناء مالك من ذلك الدماء فقد تقدم وتفصيل مذهب أبى حنيفة ان النجاسات عنده تنقسم الى مغلظة ومخففة وان المغلظة هى التى يعفى منها عن قدر الدرهم والمخففة هى التى يعفى منها عن ربع الثوب والمخففة عندهم هى مثل أرواث الدواب وما لا تنفك منه الطرق غالبا وتقسيمهم اياها الى مغلظة ومخففة حسن جدا

﴿المسئلة السابعة﴾ اختلفوا فى المنى هل هو نجس أم لا فذهبت طائفة منهم مالك وأبو حنيفة الى انه نجس وذهبت طائفة الى انه طاهر وبهذا قال الشافعى وأحمد وداود وسبب اختلافهم فيه شيئان أحدهما اضطراب الرواية فى حديث عائشة وذلك فى ان فى بعضها كنت أغسل ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم من المنى فيخرج الى الصلاة وان فيه لبقع الماء وفى بعضها كنت أفركه من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى بعضها فيصلى فيه خرج هذه الزيادة مسلم والسبب الثانى تردد المنى بين أن يشبه بالاحداث الخارجة من البدن وبين أن يشبه بخروج الفضلات الطاهرة كاللبن وغيره فمن جمع الأحاديث كلها بان حمل الغسل على باب النظافة واستدل من الفرك على الطهارة على أصله فى أن الفرك لا يطهر نجاسة وقاسه على اللبن وغيره من الفضلات الشريفة لم يره نجسا ومن رجح حديث الغسل على الفرك وفهم منه النجاسة وكان بالأحداث عنده أشبه منه بما ليس بحدث قال انه نجس وكذلك أيضا من اعتقد أن النجاسة تزول بالفرك قال الفرك يدل على نجاسته كما يدل الغسل وهو مذهب أبى حنيفة وعلى هذا فلا حجة لاولئك فى قولها فيصلى فيه بل فيه حجة لأبى حنيفة فى أن النجاسة تزال بغير الماء وهو خلاف قول المالكية

(الباب الثالث)

وأما المحال التى تزال عنها النجاسات فثلاثة ولا خلاف فى ذلك أحدها الأبدان ثم الثياب ثم المساجد ومواضع الصلاة وانما اتفق العلماء على هذه الثلاثة لأنها منطوق بها فى الكتاب والسنة أما الثياب ففى قوله تعالى (وثيابك فطهر) على مذهب من حملها على الحقيقه وفى الثابت من أمره عليه الصلاة والسلام بغسل الثوب

من دم الحيض وصبه الماء على بول الصبي الذى بال عليه وأما المساجد فلأمره عليه الصلاة والسلام بصب ذنوب من ماء على بول الاعرابى الذى بال فى المسجد وكذلك ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه أمر بغسل المذى من البدن وغسل النجاسات من المخرجين واختلف الفقهاء هل يغسل الذكر كله من المذى أم لا لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث على المشهور وقد سئل عن المذى فقال يغسل ذكره ويتوضأ وسبب الخلاف فيه هو هل الواجب هو الأخذ بأوائل الأسماء أو بأواخرها فمن رأى انه بأواخرها أعنى بأكثر ما ينطلق عليه الاسم قال يغسل الذكر كله ومن رأى الأخذ بأقل ما ينطلق عليه قال انما يغسل موضع الأذى فقط وقياسا على البول والمذى

(الباب الرابع)

وأما الشئ الذى به تزال فان المسلمين اتفقوا على أن الماء الطاهر المطهر يزيلها من هذه الثلاثة المحال واتفقوا أيضا على أن الحجارة تزيلها من المخرجين واختلفوا فيما سوى ذلك من المائعات والجامدات التى تزيلها فذهب قوم الى ان ما كان طاهرا يزيل عين النجاسة مائعا كان أو جامدا فى أى موضع كانت وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال قوم لا تزال النجاسة بما سوى الماء الا فى الاستجمار فقط المتفق عليه وبه قال مالك والشافعى واختلفوا أيضا فى ازالتها فى الاستجمار بالعظم والروث فمنع ذلك قوم وأجازوه بغير ذلك مما ينقى واستثنى مالك من ذلك ما هو مطعوم ذو حرمة كالخبز وقد قيل ذلك فيما فى استعماله سرف كالذهب والياقوت وقوم قصروا الانقاء على الاحجار فقط وهو مذهب أهل الظاهر وقوم أجازوا الاستنجاء بالعظم دون الروث وان كان مكروها عندهم وشذ الطبرى فأجاز الاستجمار بكل طاهر ونجس وسبب اختلافهم فى ازالة النجاسة بما عدا الماء فيما عدا المخرجين هو هل المقصود بازالة النجاسة بالماء هو اتلاف عينها فقط فيستوى فى ذلك مع الماء كل ما يتلف عينها أم للماء فى ذلك مزيد خصوص ليس بغير الماء فمن لم يظهر عنده للماء مزيد خصوص قال بازالتها بسائر المائعات والجامدات الطاهرة وأيد هذا المفهوم بالاتفاق على ازالتها من المخرجين بغير الماء وبما ورد من حديث أم سلمة انها قالت انى امرأة أطيل

ذيلى وأمشى فى المكان القذر فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم يطهره مابعده وكذلك بالآثار التى خرجها أبو داود فى هذا مثل قوله عليه الصلاة والسلام اذا وطئ أحدكم الأذى بنعليه فان التراب له طهور والى غير ذلك مما روى فى هذا المعنى ومن رأى أن للماء فى ذلك مزيد خصوص منع ذلك الا فى موضع الرخصة فقط وهو المخرجان ولما طلبت الحنفية الشافعية بذلك الخصوص المزيد الذى للماء لجؤا فى ذلك الى انها عبادة اذ لم يقدروا أن يعطوا فى ذلك سببا معقولا حتى انهم سلموا ان الماء لا يزيل النجاسة بمعنى معقول وانما ازالته بمعنى شرعى حكمى وطال الخطب والجدال بينهم هل ازالة النجاسة بالماء عبادة أو معنى معقول خلفا عن سلف واضطرت الشافعية الى أن تثبت ان فى الماء قوّة شرعية فى رفع أحكام النجاسات ليست فى غيره وان استوى مع سائر الأشياء فى ازالة العين وأن المقصود انما هو ازالة ذلك الحكم الذى اختص به الماء لا ذهاب عين النجاسة بل قد يذهب العين و يبقى الحكم فباعدوا المقصد وقد كانوا اتفقوا قبل مع الحنفيين ان طهارة النجاسة ليست طهارة حكمية أعنى شرعية ولذلك لم تحتج الى نية ولو راموا الانفصال عنهم بانا نرى أن للماء قوّة احالة للانجاس والادناس وقلعها من الثياب والابدان ليست لغيره ولذلك اعتمده الناس فى تنظيف الابدان والثياب لكان قولا جيدا وغير بعيد بل لعله واجب أن يعتقد أن الشرع انما اعتمد فى كل موضع غسل النجاسات بالماء لهذه الخاصية التى فى الماء ولو كانوا قالوا هذا لكانوا قد قالوا فى ذلك قولا هو أدخل فى مذهب الفقه الجارى على المعانى وانما يلجأ الفقيه الى أن يقول عبادة اذا ضاق عليه المسلك مع الخصم فتأمل ذلك فانه بين من أمرهم فى أكثر المواضع وأما اختلافهم فى الروث فسببه اختلافهم فى المفهوم من النهى الوارد فى ذلك عنه عليه الصلاة والسلام أعنى أمره عليه الصلاة والسلام أن لا يستنجى بعظم ولا روث فمن دل عنده النهى على الفساد لم يجز ذلك ومن لم ير ذلك اذ كانت النجاسة معنى معقولا حمل ذلك على الكراهية ولم يعده الى ابطال الاستنجاء بذلك ومن فرق بين العظام والروث فلان الروث نجس عنده

(الباب الخامس)

وأما الصفة التي بها تزول فاتفق العلماء على انها غسل ومسح ونضح لورود ذلك في الشرع وثبوته في الآثار واتفقوا على أن الغسل عام لجميع أنواع النجاسات ولجميع محال النجاسات وأن المسح بالأحجار يجوز في المخرجين ويجوز في الخفين وفي النعلين من العشب اليابس وكذلك ذيل المرأة الطويل اتفقوا على أن طهارته هي على ظاهر حديث أم سلمة من العشب اليابس واختلفوا من ذلك في ثلاثة مواضع هي أصول هذا الباب أحدها في النضح لأي نجاسة هو والثاني في المسح لأي محل هو ولأي نجاسة هو بعد أن اتفقوا على ما ذكرناه والثالث اشتراط العدد في الغسل والمسح أما النضح فان قوما قالوا هذا خاص بازالة بول الطفل الذي لم يأكل الطعام وقوم فرقوا بين بول الذكر في ذلك والأنثى فقالوا ينضح بول الذكر ويغسل بول الأنثى وقوم قالوا الغسل طهارة ما يتيقن بنجاسته والنضح طهارة ما شك فيه وهو مذهب مالك بن أنس رضي الله عنه * وسبب اختلافهم تعارض ظواهر الأحاديث في ذلك أعني اختلافهم في مفهومها وذلك أن ههنا حديثين ثابتين في النضح أحدهما حديث عائشة أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يؤتى بالصبيان فيبرك عليهم ويحنكهم فأتى بصبي فبال عليه فدعا بماء فأتبعه بوله ولم يغسله وفي بعض رواياته فنضحه ولم يغسله خرجه البخاري والآخر حديث أنس المشهور حين وصف صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيته قال فقمت الى حصير لنا قد اسود من طول ما لبث فنضحته بالماء فمن الناس من صار الى العمل بمقتضى حديث عائشة وقال هذا خاص ببول الصبي واستثناه من سائر البول ومن الناس من رجح الآثار الواردة في الغسل على هذا الحديث وهو مذهب مالك ولم ير النضح الا الذي في حديث أنس وهو الثوب المشكوك فيه على ظاهر مفهومه وأما الذي فرق في ذلك بين بول الذكر والأنثى فانه اعتمد على ما رواه أبو داود عن أبي السمح من قوله عليه الصلاة والسلام يغسل بول الجارية ويرش بول الصبي وأما من لم يفرق فانما اعتمد قياس الأنثى على الذكر الذي ورد فيه الحديث الثابت وأما المسح فان قوما أجازوه في أي محل كانت النجاسة اذا ذهب عينها على مذهب أبي حنيفة وكذلك الفرك على قياس من يرى ان كل ما أزال العين

فقد طهر وقوم لم يجيزوه الا في المتفق عليه وهو المخرج وفي ذيل المرأة وفي الخف وذلك من العشب اليابس لا من الاذى غير اليابس وهو مذهب مالك وهؤلاء لم يعدوا المسح الى غير المواضع التي جاءت في الشرع وأما الفريق الآخر فانهم عدوه *والسبب في اختلافهم في ذلك هل ماورد من ذلك رخصة أو حكم فمن قال رخصة لم يعدها الى غيرها أعني لم يقس عليها ومن قال هو حكم من أحكام ازالة النجاسة كحكم الغسل عداه وأما اختلافهم في العدد فان قوما اشترطوا الانقاء فقط في الغسل والمسح وقوم اشترطوا العدد في الاستجمار وفي الغسل والذين اشترطوه في الغسل منهم من اقتصر على المحل الذي ورد فيه العدد في الغسل بطريق السمع ومنهم من عداه الى سائر النجاسات أما من لم يشترط العدد لا في غسل ولا في مسح فمنهم مالك وأبو حنيفة وأما من اشترط في الاستجمار العدد أعني ثلاثة أحجار لا أقل من ذلك فمنهم الشافعي وأهل الظاهر وأما من اشترط العدد في الغسل واقتصر به على محله الذي ورد فيه وهو غسل الاناء سبعا من ولوغ الكلب فالشافعي ومن قال بقوله وأما من عداه واشترط السبع في غسل النجاسات ففي أغلب ظني أن أحمد بن حنبل منهم وأبو حنيفة يشترط الثلاثة في ازالة النجاسة الغير محسوسة العين أعني الحكمية *وسبب اختلافهم في هذا تعارض المفهوم من هذه العبادة لظاهر اللفظ في الأحاديث التي ذكر فيها العدد وذلك أن من كان المفهوم عنده من الامر بازالة النجاسة ازالة عينها لم يشترط العدد أصلا وجعل العدد الوارد من ذلك في الاستجمار في حديث سلمان الثابت الذي فيه الامر ألا لا يستنجي بأقل من ثلاثة أحجار على سبيل الاستحباب حتى يجمع بين المفهوم من الشرع والمسموع من هذه الاحاديث وجعل العدد المشترط في غسل الاناء من ولوغ الكلب عبادة لا لنجاسة كما تقدم من مذهب مالك وأما من صار الى ظواهر هذه الآثار واستثناها من المفهوم فاقتصر بالعدد على هذه المحال التي ورد العدد فيها وأما من رجح الظاهر على المفهوم فانه عدى ذلك الى سائر النجاسات وأما حجة أبي حنيفة في الثلاثة فقوله عليه الصلاة والسلام اذا استيقظ أحدكم من نومه فليغسل يده ثلاثا قبل أن يدخلها في انائه

(الباب السادس)

وأما آداب الاستنجاء ودخول الخلاء فأكثرها محموله عند الفقهاء على الندب وهى معلومة من السنة كالبعد فى المذهب اذا أراد الحاجة وترك الكلام عليها والنهى عن الاستنجاء باليمين وألا يمس ذكره بيمينه وغير ذلك مما ورد فى الآثار وانما اختلفوا من ذلك فى مسئلة واحدة مشهورة وهى استقبال القبلة للغائط والبول واستدبارها فان للعلماء فيها ثلاثة أقوال قول انه لا يجوز أن تستقبل القبلة لغائط ولا بول أصلا ولا فى موضع من المواضع وقول ان ذلك يجوز باطلاق وقول انه يجوز فى المبانى والمدن ولا يجوز ذلك فى الصحراء وفى غير المبانى والمدن * والسبب فى اختلافهم هذا حديثان متعارضان ثابتان أحدهما حديث أبى أيوب الانصارى أنه قال عليه الصلاة والسلام اذا أتيتم الغائط فلا تستقبلوا القبلة ولا تستدبروها ولكن شرقوا أو غربوا والحديث الثانى حديث عبد الله بن عمر أنه قال ارتقيت على ظهر بيت أختى حفصة فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم قاعدا لحاجته على لبنتين مستقبل الشام مستدبر القبلة فذهب الناس فى هذين الحديثين ثلاثة مذاهب أحدها مذهب الجمع والثانى مذهب الترجيح والثالث مذهب الرجوع الى البراءة الاصلية اذا وقع التعارض وأعنى بالبراءة الاصلية عدم الحكم فمن ذهب مذهب الجمع حمل حديث أبى أيوب الانصارى على الصحارى وحيث لا سترة وحمل حديث ابن عمر على السترة وهو مذهب مالك ومن ذهب مذهب الترجيح رجح حديث أبى أيوب لأنه اذا تعارض حديثان أحدهما فيه شرع موضوع والآخر موافق للاصل الذى هو عدم الحكم ولم يعلم المتقدم منهما من المتأخر وجب أن يصار الى الحديث المثبت للشرع لأنه قد وجب العمل بنقله من طريق العدول وتركه الذى ورد أيضا من طريق العدول يمكن أن يكون ذلك قبل شرع ذلك الحكم ويمكن أن يكون بعده فلم يجز أن تترك شرعا وجب العمل به بظن لم نؤمر أن نوجب النسخ به الا لو نقل انه كان بعده فان الظنون التى تستند اليها الاحكام محدودة بالشرع أعنى التى توجب رفعها أو ايجابها وليست هى أى ظن اتفق ولذلك يقولون ان العمل ما لم يجب بالظن

وانما وجب بالاصل المقطوع به يريدون بذلك الشرع المقطوع به الذى أوجب العمل بذلك النوع من الظن وهذه الطريقة التى قلناها هى طريقة أبى محمد بن حزم الأندلسى وهى طريقة جيدة مبنية على أصول أهل الكلام الفقهى وهو راجع الى انه لا يرتفع بالشك ماثبت بالدليل الشرعى وأما من ذهب مذهب الرجوع الى الاصل عند التعارض فهو مبنى على أن الشك يسقط الحكم ويرفعه وانه كلا حكم وهو مذهب داود الظاهرى ولكن خالفه أبو محمد بن حزم فى هذا الاصل مع أنه من أصحابه (قال القاضى) فهذا هو الذى رأينا أن نثبته فى هذا الكتاب من المسائل التى ظننا انها تجرى مجرى الاصول وهى التى نطق بها فى الشرع أكثر ذلك أعنى ان أكثرها يتعلق بالمنطوق به اما تعلقا قريبا أو قريبا من القريب وان تذكرنا لشىء من هذا الجنس أثبتناه فى هذا الباب وأكثر ما عولت فيما نقلته من نسبة هذه المذاهب الى أربابها هو كتاب الاستذكار وأنا قد أبحت لمن وقع من ذلك على وهم لى أن يصلحه والله المعين والموفق

(كتاب الصلاة)

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾ صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما الصلاة تنقسم أولا وبالجملة الى فرض وندب والقول المحيط باصول هذه العبادة ينحصر بالجملة فى أربعة أجناس أعنى أربع جمل الجملة الاولى فى معرفة الوجوب وما يتعلق به والجملة الثانية فى معرفة شروطها الثلاث أعنى شروط الوجوب وشروط الصحة وشروط التمام والكمال والجملة الثالثة فى معرفة ما تشتمل عليه من أفعال وأقوال وهى الاركان الجملة الرابعة فى قضائها ومعرفة اصلاح ما يقع فيها من الخلل وجبره لانه قضاء ما اذ كان استدراكا لما فات ﴿ الجملة الاولى ﴾ وهذه الجملة فيها أربع مسائل هى فى معنى أصول هذا الباب المسئلة الاولى فى بيان وجوبها الثانية فى بيان عدد الواجبات منها الثالثة فى بيان على من تجب الرابعة ما الواجب على من تركها متعمدا

﴿ المسئلة الاولى ﴾ أما وجوبها فبين من الكتاب والسنة والاجماع وشهرة ذلك تغنى عن تكلف القول فيه

﴿ المسئلة الثانية ﴾ وأما عدد الواجب منها ففيه قولان أحدهما قول مالك والشافعي والاكثر وهو ان الواجب هي الخمس صلوات فقط لا غير والثاني قول أبي حنيفة وأصحابه وهو ان الوتر واجب مع الخمس واختلافهم هل يسمى ماثبت بالفسنة واجبا أو فرضا لا معنى له وسبب اختلافهم الاحاديث المتعارضة أما الاحاديث التي مفهومها وجوب الخمس فقط بل هي نص في ذلك فشهورة وثابتة ومن أبينها في ذلك ماورد في ذلك ماورد في حديث الاسراء المشهور أنه لما بلغ الفرض الى خمس قال له موسى ارجع الى ربك فان أمتك لا تطيق ذلك قال فراجعته فقال تعالى هي خمس وهي خمسون لا يبدل القول لدى وحديث الاعرابي المشهور الذي سأل النبي عليه الصلاة والسلام عن الاسلام فقال له خمس صلوات في اليوم والليلة قال هل علي غيرها قال لا الا أن تطوع وأما الاحاديث التي مفهومها وجوب الوتر فنها حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان الله قد زادكم صلاة وهي الوتر فحافظوا عليها وحديث خارجة بن حذافة قال خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان الله أمركم بصلاة هي خير لكم من حمر النعم وهي الوتر وجعلها لكم فيما بين صلاة العشاء الى طلوع الفجر وحديث بريدة الاسلمي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الوتر حق فمن لم يوتر فليس منا فمن رأى ان الزيادة هي نسخ ولم تقو عنده هذه الاحاديث قوة تبلغ بها أن تكون ناسخة لتلك الاحاديث الثابتة المشهورة رجح تلك الاحاديث وأيضا فانه ثبت من قوله تعالى في حديث الاسراء انه لا يبدل القول لدى وظاهره انه لا يزاد فيها ولا ينقص منها وان كان هو في النقصان أظهر والخبر ليس يدخله النسخ ومن بلغت عنده قوة هذه الاخبار التي اقتضت الزيادة على الخمس الى رتبة توجب العمل أوجب المصير الى هذه الزيادة لا سيما ان كان ممن يرى ان الزيادة لا توجب نسخا لكن ليس هذا من رأى أبي حنيفة

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ وأما على من تجب فعلى المسلم البالغ ولا خلاف في ذلك

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ وأما ما الواجب على من تركها عمدا وأمر بها فأبى أن يصليها لا جحودا لفرضها فان قوما قالوا يقتل وقوما قالوا يعزر ويحبس والذين قالوا يقتل منهم من أوجب قتله كفرا وهو مذهب أحمد واسحق وابن المبارك ومنهم من أوجبه

حدا وهومذهب مالك والشافعى وأبو حنيفة وأصحابه وأهل الظاهر ممن رأى حبسه وتعزيره حتى يصلى * والسبب هذا الاختلاف اختلاف الآثار وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لايحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث كفر بعد ايمان أوزنا بعد احصان أوقتل نفس بغير نفس وروى عنه عليه الصلاة والسلام من حديث بريدة انه قال العهد الذى بيننا و بينهم الصلاة فمن تركها فقد كفر وحديث جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس بين العبد و بين الكفر أوقال الشرك الا ترك الصلاة فمن فهم من الكفر ههنا الكفر الحقيقي جعل هذا الحديث كانه تفسير لقوله عليه الصلاة والسلام كفر بعد ايمان ومن فهم ههنا التغليظ والتوبيخ أى ان أفعاله أفعال كافر وانه فى صورة كافر كما قال لايزنى المؤمن حين يزنى وهو مؤمن ولا يسرق السارق حين يسرق وهو مؤمن لم يرقتله كفرا وأمامن قال يقتل حدا فضعيف ولا مستند له الا قياس شبه ضعيف ان أمكن وهو تشبيه الصلاة بالقتل فى كون الصلاة رأس المأمورات والقتل رأس المنهيات وعلى الجملة فاسم الكفر انما ينطلق بالحقيقة على التكذيب وتارك الصلاة معلوم أنه ليس بمكذب الا أن يتركها معتقدا لتركها هكذا فنحن اذا بين أحد أمرين اما ان أردنا أن نفهم من الحديث الكفر الحقيقي يجب علينا أن نتأول انه أراد عليه الصلاة والسلام من ترك الصلاة معتقدا لتركها فقد كفر واما أن يحمل على اسم الكفر على غير موضوعه الاول وذلك على أحد معنيين اما على أن حكمه حكم الكافر أعنى فى القتل وسائر أحكام الكفار وان لم يكن مكذبا واما على أن أفعاله أفعال كافر على جهة التغليظ والردع له أى ان فاعل هذا يشبه الكافر فى الافعال اذ كان الكافر لايصلى كما قال عليه الصلاة والسلام لايزنى المؤمن حين يزنى وهو مؤمن وحمله على أن حكمه حكم الكافر فى أحكامه لايجب المصير اليه الا بدليل لانه حكم لم يثبت بعد فى الشرع من طريق يجب المصير اليه فقد يجب اذا لم يدل عندنا على الكفر الحقيقي الذى هو التكذيب أن يدل على المعنى المجازى لا على معنى يوجب حكما لم يثبت بعد فى الشرع بل يثبت ضده وهو انه لايحل دمه اذ هو خارج عن الثلاث الذين نص عليهم الشرع فتأمل هذا فانه بين والله اعلم أعنى انه يجب علينا أحد أمرين اما أن نقدر فى الكلام محذوفا ان أردنا حمله

على المعنى الشرعى المفهوم من اسم الكفر واما أن نحمله على المعنى المستعار وأما حمله على ان حكمه حكم الكافر فى جميع أحكامه مع انه مؤمن فشئ مفارق للاصول مع ان الحديث نص فى حق من يجب قتله كفرا وحدا ولذلك صار هذا القول مضاهيا القول من يكفر بالذنوب ﴿الجملة الثانية فى الشروط﴾ وهذه الجملة فيها ثمانية أبواب الباب الأول فى معرفة الاوقات الثانى فى معرفة الأذان والاقامة الثالث فى معرفة القبلة الرابع فى ستر العورة واللباس فى الصلاة الخامس فى اشتراط الطهارة من النجس فى الصلاة السادس فى تعين المواضع التى يصلى فيها من الموضع التى لا يصلى فيها السابع فى معرفة الشروط التى هى شروط فى صحة الصلاة الثامن فى معرفة النية وكيفية اشتراطها فى الصلاة

(الباب الأوّل)

وهذا الباب ينقسم أولا الى فصلين الأوّل فى معرفة الأوقات المأمور بها الثانى فى معرفة الأوقات المنهى عنها

(الفصل الأوّل)

وهذا الفصل ينقسم الى قسمين أيضا القسم الاول فى الاوقات الموسعة والمختارة والثانى فى أوقات أهل الضرورة ﴿القسم الاول﴾ من الفصل الاول من الباب الاول من الجملة الثانية والاصل فى هذا الباب قوله تعالى (إن الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا) اتفق المسلمون على ان للصلوات الخمس أوقاتا خمسا هى شرط فى صحة الصلاة وان منها أوقات فضيلة وأوقات توسعة واختلفوا فى حدود أوقات التوسعة والفضيلة وفيه خمس مسائل

﴿المسئلة الاولى﴾ اتفقوا على ان أول وقت الظهر الذى لا تجوز قبله هو الزوال الا خلافا شاذا روى عن ابن عباس والا ما روى من الخلاف فى صلاة الجمعة على ما سيأتى واختلفوا منها فى موضعين فى آخر وقتها الموسع وفى وقتها المرغب فيه فأما آخر وقتها الموسع فقال مالك والشافعى وأبو ثور وداود هو أن يكون ظل كل شئ مثله وقال أبو حنيفة آخر الوقت أن يكون ظل كل شئ مثليه فى احدى الروايتين عنه وهو

عنده أول وقت العصر وقد روى عنه ان آخر وقت الظهر هو المثل وأول وقت العصر المثلان وان ما بين المثل والمثلين ليس يصلح لصلاة الظهر وبه قال صاحباه أبو يوسف ومحمد وسبب الخلاف فى ذلك اختلاف الأحاديث وذلك انه ورد فى امامة جبريل انه صلى بالنبى صلى الله عليه وسلم الظهر فى اليوم الاول حين زالت الشمس وفى اليوم الثانى حين كان ظل كل شئ مثله ثم قال الوقت ما بين هذين وروى عنه قال صلى الله عليه وسلم انما بقاؤكم فيما سلف قبلكم من الامم كما بين صلاة العصر الى غروب الشمس أوتى أهل التوراة التوراة فعملوا حتى اذا انتصف النهار ثم عجزوا فاعطوا قيراطا قيراطا ثم أوتى أهل الانجيل الانجيل فعملوا الى صلاة العصر ثم عجزوا فاعطوا قيراطا قيراطا ثم أوتينا القرآن فعملنا الى غروب الشمس فاعطينا قيراطين قيراطين فقال أهل الكتاب أى ربنا أعطيت هؤلاء قيراطين قيراطين وأعطيتنا قيراطا قيراطا ونحن كنا أكثر عملا قال الله تعالى هل ظلمتكم من أجركم من شئ قالوا لا قال فهو فضلى أوتيه من أشاء فذهب مالك والشافعى الى حديث امامة جبريل وذهب أبو حنيفة الى مفهوم ظاهر هذا وهو انه اذا كان من العصر الى الغروب أقصر من أول الظهر الى العصر على مفهوم هذا الحديث فواجب أن يكون أول العصر أكثر من قامة وان يكون هذا هو آخر وقت الظهر قال أبو محمد بن حزم وليس كما ظنوا وقد امتحنت الأمر فوجدت القامة تنتهى من النهار الى تسع ساعات وكسر (قال القاضى) أنا الشاك فى الكسر وأظنه قال وثلث وحجة من قال باتصال الوقتين أعنى اتصالا لا بفصل غير منقسم قوله عليه الصلاة والسلام لا يخرج وقت صلاة حتى يدخل وقت أخرى وهو حديث ثابت وأما وقتها المرغب فيه والمختار فذهب مالك الى أنه للمنفرد أول الوقت ويستحب تأخيرها عن أول الوقت قليلا فى مساجد الجماعات وقال الشافعى أول الوقت أفضل الا فى شدة الحر وروى مثل ذلك عن مالك وقالت طائفة أول الوقت أفضل باطلاق للمنفرد والجماعة وفى الحر والبرد وانما اختلفوا فى ذلك لاختلاف الأحاديث وذلك ان فى ذلك حديثين ثابتين أحدهما قوله عليه الصلاة والسلام اذا اشتد الحر فأبردوا عن الصلاة فان شدة الحر من فيح جهنم والثانى ان النبى عليه الصلاة والسلام

كان يصلى الظهر بالهاجرة وفى حديث خباب انهم شكوا اليه حر الرمضاء فلم يشكهم خرجه مسلم قال زهير راوى الحديث قلت لأبى اسحق شيخه أفى الظهر قال نعم قلت أفى تعجيلها قال نعم فرجح قوم حديث الابراد اذ هو نص وتأولوا هذه الأحاديث اذ ليست بنص وقوم رجحوا هذه الأحاديث لعموم ماروى من قوله عليه الصلاة والسلام وقد سئل أى الاعمال أفضل قال الصلاة لأول ميقاتها والحديث متفق عليه وهذه الزيادة فيه أعنى لأول ميقاتها مختلف فيها

﴿المسئلة الثانية﴾ اختلفوا من صلاة العصر فى موضعين أحدهما فى اشتراك أول وقتها مع آخر وقت صلاة الظهر والثانى فى آخر وقتها فاما اختلافهم فى الاشتراك فانه اتفق مالك والشافعى وداود وجماعة على ان أول وقت العصر هو بعينه آخر وقت الظهر وذلك اذا صار ظل كل شئ مثله الا ان مالكا يرى ان آخر وقت الظهر وأول وقت العصر هو وقت مشترك للصلاتين معاً أعنى بقدر مايصلى فيه أربع ركعات وأما الشافعى وأبو ثور وداود فآخر وقت الظهر عندهم هو الآن الذى هو أول وقت العصر وهو زمان غير منقسم وقال أبو حنيفة كما قلنا أول وقت العصر أن يصير ظل كل شئ مثليه وقد تقدم سبب اختلاف أبى حنيفة معهم فى ذلك وأما سبب اختلاف مالك مع الشافعى ومن قال بقوله فى هذه فمعارضة حديث جبريل فى هذا المعنى لحديث عبد الله بن عمر وذلك انه جاء فى امامة جبريل انه صلى بالنبى عليه الصلاة والسلام الظهر فى اليوم الثانى فى الوقت الذى صلى فيه العصر فى اليوم الاول وفى حديث ابن عمر أنه قال عليه الصلاة والسلام وقت الظهر مالم يحضر وقت العصر خرجه مسلم فمن رجح حديث جبريل جعل الوقت مشتركا ومن رجح حديث عبد الله لم يجعل بينهما اشتراكا وحديث جبريل أمكن أن يصرف الى حديث عبد الله من حديث عبد الله الى حديث جبريل لانه يحتمل أن يكون الراوى تجوز فى ذلك لقرب ما بين الوقتين وحديث امامة جبريل صححه الترمذى وحديث ابن عمر خرجه مسلم وأما اختلافهم فى آخر وقت العصر فعن مالك فى ذلك روايتان احداهما ان آخر وقتها أن يصير ظل كل شئ مثليه وبه قال الشافعى والثانية ان آخر وقتها مالم تصفر الشمس وهذا قول أحمد بن حنبل وقال أهل الظاهر آخر

وقتها قبل غروب الشمس ركعة والسبب فى اختلافهم ان فى ذلك ثلاثة أحاديث متعارضة الظاهر أحدها حديث عبد الله بن عمر خرجه مسلم وفيه فاذا صليتم العصر فانه وقت الى أن تصفر الشمس وفى بعض رواياته وقت العصر مالم تصفر الشمس والثانى حديث ابن عباس فى امامة جبريل وفيه أنه صلى به العصر فى اليوم الثانى حين كان ظل كل شئ مثليه والثالث حديث أبى هريرة المشهور من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر ومن أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح فمن صار الى ترجيح حديث امامة جبريل جعل آخر وقتها المختار المثلين (١) ومن صار الى ترجيح حديث ابن عمر جعل آخر وقتها المختار اصفرار الشمس (٢) ومن صار الى ترجيح حديث أبى هريرة قال وقت العصر الى أن يبقى منها ركعة قبل غروب الشمس وهم أهل الظاهر كما قلنا وأما الجمهور فسلكوا فى حديث أبى هريرة وحديث ابن عمر مع حديث ابن عباس اذا كان معارضا لهما كل التعارض مسلك الجمع لان حديثى ابن عباس وابن عمر تتقارب الحدود المذكورة فيهما ولذلك قال مالك مرة بهذا ومرة بذلك وأما الذى فى حديث أبى هريرة فبعيد منهما ومتفاوت فقالوا حديث أبى هريرة انما خرج مخرج أهل الاعذار

﴿المسئلة الثالثة﴾ اختلفوا فى المغرب هل لها وقت موسع كسائر الصلوات أم لا فذهب قوم الى ان وقتها واحد غير موسع وهذا هو أشهر الروايات عن مالك وعن الشافعى وذهب قوم الى أن وقتها موسع وهو ما بين غروب الشمس الى غروب الشفق وبه قال أبو حنيفة وأحمد وأبو ثور وداود وقد روى هذا القول عن مالك والشافعى وسبب اختلافهم فى ذلك معارضة حديث امامة جبريل فى ذلك لحديث عبد الله بن عمر وذلك ان فى حديث امامة جبريل انه صلى المغرب فى اليومين فى وقت واحد وفى حديث عبد الله ووقت صلاة المغرب مالم يغيب الشفق فمن رجح حديث امامة جبريل جعل لها وقتا واحدا ومن رجح حديث عبد الله جعل لها وقتا موسعا وحديث عبد الله خرجه مسلم ولم يخرج الشيخان حديث امامة جبريل أعنى حديث ابن عباس الذى فيه انه صلى بالنبى عليه الصلاة والسلام عشر صلوات مفسرة الاوقات ثم قال له الوقت ما بين

---

(١) ما بين علامتى (٢) زائد بالنسخة المطبوعة بفاس أثبتناه لأنه من الضرورى

هذين والذى فى حديث عبد الله من ذلك هو موجود أيضا فى حديث بريدة الاسلمى خرجه مسلم وهو أصل فى هذا الباب قالوا وحديث بريدة أولى لانه كان بالمدينة عند سؤال السائل له عن أوقات الصلوات وحديث جبريل كان فى أول الفرض بمكة

﴿المسئلة الرابعة﴾ اختلفوا من وقت العشاء الآخرة فى موضعين أحدهما فى أوله والثانى فى آخره أما أوله فذهب مالك والشافعى وجماعة الى انه مغيب الحمرة وذهب أبو حنيفة الى انه مغيب البياض الذى يكون بعد الحمرة وسبب اختلافهم فى هذه المسئلة اشتراك اسم الشفق فى لسان العرب فانه كما أن الفجر فى لسانهم فجران كذلك الشفق شفقان أحمر وأبيض ومغيب الشفق الأبيض يلزم أن يكون بعده من أول الليل (١) اما بعد الفجر المستدق من آخر الليل أعنى الفجر الكاذب واما بعد الفجر الأبيض المستطير وتكون الحمرة نظير الحمرة فالطوالع اذا أربعة الفجر الكاذب والفجر الصادق والاحمر والشمس وكذلك يجب أن تكون الغوارب ولذلك ما ذكر عن الخليل من انه رصد الشفق الابيض فوجده يبقى الى ثلث الليل كذب بالقياس والتجربة (٢) وذلك انه لا خلاف بينهم انه قد ثبت فى حديث بريدة وحديث امامة جبريل انه صلى العشاء فى اليوم الأول حين غاب الشفق وقد رجح الجمهور مذهبهم بما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلى العشاء عند مغيب القمر فى الليلة الثالثة ورجح أبو حنيفة مذهبه بما ورد فى تأخير العشاء واستحباب تأخيره وقوله لولا ان أشفق على أمتى لأخرت هذه الصلاة الى نصف الليل وأما آخر وقتها فاختلفوا فيه على ثلاثة أقوال قول انه ثلث الليل وقول انه نصف الليل وقول انه الى طلوع الفجر وبالأول أعنى ثلث الليل قال الشافعى وأبو حنيفة وهو المشهور من مذهب مالك وروى عن مالك القول الثانى أعنى نصف الليل وأما الثالث فقول داود وسبب الخلاف فى ذلك تعارض الآثار ففى حديث امامة جبريل انه صلاها بالنبى عليه الصلاة والسلام فى اليوم الثانى ثلث الليل وفى حديث أنس انه قال أخر النبى صلى الله عليه وسلم صلاة العشاء الى نصف الليل خرجه

(١) ما بين علامتى (٢) هذه زيادة بالنسخة المصرية غير موجودة بالنسخة الفاسية فأثبتناها كما هى اهـ

البخاری وروی أیضا من حدیث أبی سعید الخدری وأبی هریرة عن النبی علیه الصلاة والسلام انه قال لولا ان أشق علی أمتی لأخرت العشاء الی نصف اللیل وفی حدیث أبی قتادة لیس التفریط فی النوم انما التفریط أن تؤخر الصلاة حتی یدخل وقت الاخری فمن ذهب مذهب الترجیح لحدیث امامة جبریل قال ثلث اللیل ومن ذهب مذهب الترجیح لحدیث أنس قال شطر اللیل وأما أهل الظاهر فاعتمدوا حدیث أبی قتادة وقالوا هو عام وهو متأخر عن حدیث امامة جبریل فهو ناسخ ولو لم یکن ناسخا لکان تعارض الآثار یسقط حکمها فیجب أن یصار الی استصحاب حال الاجماع وقد اتفقوا علی أن الوقت یخرج بعد طلوع الفجر واختلفوا فیما قبل فانا روینا عن ابن عباس ان الوقت عنده الی طلوع الفجر فوجب أن یستصحب حکم الوقت الا حیث وقع الاتفاق علی خروجه وأحسب ان به قال أبو حنیفة

﴿المسئلة الخامسة﴾ واتفقوا علی أن أول وقت الصبح طلوع الفجر الصادق وآخره طلوع الشمس الا ما روی عن ابن القاسم وعن بعض أصحاب الشافعی من ان آخر وقتها الاسفار واختلفوا فی وقتها المختار فذهب الکوفیون وأبو حنیفة وأصحابه والثوری وأکثر العراقیین الی ان الاسفار بها أفضل وذهب مالک والشافعی وأصحابه وأحمد ابن حنبل وأبو ثور وداود الی ان التغلیس بها أفضل وسبب اختلافهم اختلافهم فی طریقة جمع الأحادیث المختلفة الظواهر فی ذلک وذلک انه ورد عنه علیه الصلاة والسلام من طریق رافع بن خدیج انه قال أسفروا بالصبح فکلما أسفرتم فهو أعظم للاجر وروی عنه علیه الصلاة والسلام انه قال وقد سئل أی الاعمال أفضل قال الصلاة لأول میقاتها وثبت عنه علیه الصلاة والسلام انه کان یصلی الصبح فتنصرف النساء متلفعات بمروطهن ما یعرفن من الغلس وظاهر الحدیث انه کان عمله فی الاغلب فمن قال ان حدیث رافع خاص وقوله الصلاة لأول میقاتها عام والمشهور ان الخاص یقضی علی العام اذ هو استثنی من هذا العموم صلاة الصبح وجعل حدیث عائشة محمولا علی الجواز وانه انما تضمن الاخبار بوقوع ذلک منه لا بأنه کان ذلک غالب أحواله صلی الله علیه وسلم قال الاسفار أفضل من التغلیس ومن رجح حدیث العموم لموافقة حدیث عائشة له ولانه نص فی ذلک أو ظاهر وحدیث رافع

بن خديج محتمل لانه يمكن أن يريد بذلك تبين الفجر وتحققه فلا يكون بينه وبين حديث عائشة ولا العموم الوارد فى ذلك تعارض قال أفضل الوقت أوله وأما من ذهب الى ان آخر وقتها الاسفار فانه تأول الحديث فى ذلك أنه لأهل الضرورات أعنى قوله عليه الصلاة والسلام من أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح وهذا شبيه بما فعله الجمهور فى العصر والعجب انهم عدلوا عن ذلك فى هذا ووافقوا أهل الظاهر ولذلك لأهل الظاهر أن يطالبوهم بالفرق بين ذلك

﴿ القسم الثانى من الفصل الأوّل من الباب الأوّل ﴾

فاما أوقات الضرورة والعذر فاثبتها كما قلنا فقهاء الامصار ونفاها أهل الظاهر وقد تقدم سبب اختلافهم فى ذلك واختلف هؤلاء الذين أثبتوها فى ثلاثة مواضع أحدها لأى الصلوات توجد هذه الاوقات ولأيها لا والثانى فى حدود هذه الاوقات الثالث فى من هم أهل العذر الذين رخص لهم فى هذه الاوقات وفى أحكامهم فى ذلك أعنى من وجوب الصلاة ومن سقوطها

﴿المسئلة الاولى﴾ اتفق مالك والشافعى على أن هذا الوقت هو لأربع صلوات للظهر والعصر مشتركا بينهما والمغرب والعشاء كذلك وانما اختلفوا فى جهة اشتراكهما على ما سيأتى بعد وخالفهم أبو حنيفة فقال ان هذا الوقت انما هو للعصر فقط وانه ليس ههنا وقت مشترك * وسبب اختلافهم فى ذلك هو اختلافهم فى جواز الجمع بين الصلاتين فى السفر فى وقت احداهما على ما سيأتى بعد فمن تمسك بالنص الوارد فى صلاة العصر أعنى الثابت من قوله عليه الصلاة والسلام من أدرك ركعة من صلاة العصر قبل مغيب الشمس فقد أدرك العصر وفهم من هذا الرخصة ولم يجز الاشتراك فى الجمع لقوله عليه الصلاة والسلام لا يفوت وقت صلاة حتى يدخل وقت الأخرى ولما سنذكره بعد فى باب الجمع من حجج الفريقين قال انه لا يكون هذا الوقت الا لصلاة العصر فقط ومن أجاز الاشتراك فى الجمع فى السفر قاس عليه أهل الضرورات لأن المسافر أيضا صاحب ضرورة وعذر فجعل هذا الوقت مشتركا للظهر والعصر والمغرب والعشاء

﴿المسئلة الثانية﴾ اختلف مالك والشافعى فى آخر الوقت المشترك لهما فقال مالك

هو للظهر والعصر من بعد الزوال بمقدار أربع ركعات للظهر للحاضر وركعتان للمسافر الى أن يبقى للنهار مقدار أربع ركعات للحاضر أو ركعتين للمسافر فجعل الوقت الخاص للظهر انما هو اما مقدار أربع ركعات للحاضر بعد الزوال واما ركعتان للمسافر وجعل الوقت الخاص بالعصر اما أربع ركعات قبل المغيب للحاضر واما اثنان للمسافر أعني انه من أدرك الوقت الخاص فقط لم تلزمه الا الصلاة الخاصة بذلك الوقت ان كان ممن لم تلزمه الصلاة قبل ذلك الوقت ومن أدرك أكثر من ذلك أدرك الصلاتين معا أو حكم ذلك الوقت وجعل آخر الوقت الخاص لصلاة العصر مقدار ركعة قبل الغروب وكذلك فعل في اشتراك المغرب والعشاء الا أن الوقت الخاص مرة جعله للمغرب فقال هو مقدار ثلاث ركعات قبل أن يطلع الفجر ومرة جعله للصلاة الأخيرة كما فعل في العصر فقال هو مقدار أربع ركعات وهو القياس وجعل آخر هذا الوقت مقدار ركعة قبل طلوع الفجر وأما الشافعي فجعل حدوداً واخر هذه الاوقات المشتركة حداً واحداً وهو ادراك ركعة قبل غروب الشمس وذلك للظهر والعصر معا ومقدار ركعة أيضا قبل انصداع الفجر وذلك للمغرب والعشاء معا وقد قيل عنه بمقدار تكبيرة أعني انه من أدرك تكبيرة قبل غروب الشمس فقد لزمته صلاة الظهر والعصر معا وأما أبو حنيفة فوافق مالكا في أن آخر وقت العصر مقدار ركعة لأهل الضرورات عنده قبل الغروب ولم يوافق في الاشتراك والاختصاص * وسبب اختلافهم أعني مالكا والشافعي هل القول باشتراك الوقت للصلاتين معا يقتضي ان لهما وقتين وقت خاص بهما ووقت مشترك أم انما يقتضي أن لهما وقتا مشتركا فقط وحجة الشافعي أن الجمع انما دل على الاشتراك فقط لا على وقت خاص وأما مالك فقاس الاشتراك عنده في وقت الضرورة على الاشتراك عنده في وقت التوسعة أعني انه لما كان لوقت الظهر والعصر الموسع وقتان وقت مشترك ووقت خاص وجب أن يكون الامر كذلك في أوقات الضرورة والشافعي لا يوافقه على اشتراك الظهر والعصر في وقت التوسعة فخلافهما في هذه المسئلة انما ينبني والله أعلم على اختلافهم في تلك الاولى فتأمله فانه بين والله أعلم

﴿المسئلة الثالثة﴾ وأما هذه الاوقات أعني أوقات الضرورة فاتفقوا على انها لأربع

للحائض تطهر فى هذه الاوقات أو تحيض فى هذه الاوقات وهى لم تصل والمسافر يذكر الصلاة فى هذه الاوقات وهو حاضر أو الحاضر يذكرها فيها وهو مسافر والصبى يبلغ فيها والكافر يسلم واختلفوا فى المغمى عليه فقال مالك والشافعى هو كالحائض من أهل هذه الاوقات لأنه لا يقضى عندهم الصلاة التى ذهب وقتها وعند أبى حنيفة أنه يقضى الصلاة فيما دون الخمس فاذا أفاق عنده من اغمائه متى ما أفاق قضى الصلاة وعند الآخر انه اذا أفاق فى أوقات الضرورة لزمته الصلاة التى أفاق فى وقتها واذا لم يفق فيها لم تلزمه الصلاة وستأتى مسئلة المغمى عليه فيما بعد واتفقوا على أن المرأة اذا طهرت فى هذه الاوقات انما تجب عليها الصلاة التى طهرت فى وقتها فان طهرت عند مالك وقد بقى من النهار أربع ركعات لغروب الشمس الى ركعة فالعصر فقط لازمة لها وان بقى خمس ركعات فالصلاتان معا وعند الشافعى ان بقى ركعة للغروب فالصلاتان معا كما قلنا أو تكبيرة على القول الثانى له وكذلك الأمر عند مالك فى المسافر الناسى يحضر فى هذه الاوقات أو الحاضر يسافر وكذلك الكافر يسلم فى هذه الاوقات أعنى انه تلزمهم الصلاة وكذلك الصبى يبلغ والسبب فى ان جعل مالك الركعة جزأ لآخر الوقت وجعل الشافعى جزء الركعة حدا مثل التكبيرة منها ان قوله عليه الصلاة والسلام من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر هو عند مالك من باب التنبيه بالاقل على الأكثر وعند الشافعى من باب التنبيه بالأكثر على الأقل وأيد هذا بما روى من أدرك سجدة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر فانه فهم من السجدة ههنا جزأ من الركعة وذلك على قوله الذى قال فيه من ادرك منهم تكبيرة قبل الغروب أو الطلوع فقد ادرك الوقت ومالك يرى ان الحائض انما تعتد بهذا الوقت بعد الفراغ من طهرها وكذلك الصبى يبلغ واما الكافر يسلم فيعتد له بوقت الاسلام دون الفراغ من الطهر وفيه خلاف والمغمى عليه عند مالك كالحائض وعند عبد الملك كالكافر يسلم ومالك يرى ان الحائض اذا حاضت فى هذه الاوقات وهى لم تصل بعد ان القضاء ساقط عنها والشافعى يرى ان القضاء واجب عليها وهو لازم لمن يرى ان الصلاة تجب بدخول اول الوقت لانها اذا حاضت وقد مضى

من الوقت ما يمكن أن تقع فيه الصلاة فقد وجبت عليها الصلاة الا أن يقال ان الصلاة انما تجب بآخر الوقت وهو مذهب أبى حنيفة لا مذهب مالك فهذا كما ترى لازم لقول أبى حنيفة أعنى جاريا على أصوله لا على أصول قول مالك

﴿ الفصل الثانى من الباب الأول فى الأوقات المنهى عن الصلاة فيها ﴾

وهذه الاوقات اختلف العلماء منها فى موضعين أحدهما فى عددها والثانى فى الصلوات التى يتعلق النهى عن فعلها فيها

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اتفق العلماء على أن ثلاثة من الاوقات منهى عن الصلاة فيها وهى وقت طلوع الشمس ووقت غروبها ومن لدن تصلى صلاة الصبح حتى تطلع الشمس واختلفوا فى وقتين فى وقت الزوال وفى الصلاة بعد العصر فذهب مالك وأصحابه الى أن الاوقات المنهى عنها هى أربعة الطلوع والغروب و بعد الصبح و بعد العصر وأجاز الصلاة عند الزوال وذهب الشافعى الى أن هذه الاوقات الخمسة كلها منهى عنها الا وقت الزوال يوم الجمعة فانه أجاز فيه الصلاة واستثنى قوم من ذلك الصلاة بعد العصر * وسبب الخلاف فى ذلك أحد شيئين اما معارضة أثر لأثر واما معارضة الأثر للعمل عند من راعى العمل أعنى عمل أهل المدينة وهو مالك بن أنس فحيث ورد النهى ولم يكن هناك معارض لا من قول ولا من عمل اتفقوا عليه وحيث ورد المعارض اختلفوا أما اختلافهم فى وقت الزوال فلمعارضة العمل فيه للاثر وذلك انه ثبت من حديث عقبة بن عامر الجهنى أنه قال ثلاث ساعات كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهانا أن نصلى فيها وان نقبر فيها موتانا حين تطلع الشمس بازغة حتى ترتفع وحين يقوم قائم الظهيرة حتى تميل وحين تضيف الشمس للغروب خرجه مسلم وحديث أبى عبد الله الصنابحى فى معناه ولكنه منقطع خرجه مالك فى موطئه فمن الناس من ذهب الى منع الصلاة فى هذه الاوقات الثلاثة كلها ومن الناس من استثنى من ذلك وقت الزوال اما باطلاق وهو مالك واما فى يوم الجمعة فقط وهو الشافعى أما مالك فلان العمل عنده بالمدينة لما وجده على الوقتين فقط ولم يجده على الوقت الثالث أعنى الزوال أباح الصلاة فيه واعتقد أن ذلك النهى منسوخ بالعمل وأما من لم ير للعمل تأثيرا فبقى على أصله فى المنع وقد تكلمنا فى العمل وقوته فى كتابنا فى الكلام الفقهى وهو الذى

يدعي باصول الفقه وأما الشافعي فلما صح عنده ماروى ابن شهاب عن ثعلبة بن أبي مالك القرظي انهم كانوا في زمن عمر بن الخطاب يصلون يوم الجمعة حتى يخرج عمر ومعلوم أن خروج عمر كان بعد الزوال على ماصح ذلك من حديث الطنفسة التي كانت تطرح الى جدار المسجد الغربي فاذا غشي الطنفسة كلها ظل الجدار خرج عمر بن الخطاب مع مارواه أيضا عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة نصف النهار حتى تزول الشمس الا يوم الجمعة استثنى من ذلك النهي يوم الجمعة وقوى هذا الأثر عنده العمل في أيام عمر بذلك وان كان الأثر عنده ضعيفا وأما من رجح الأثر الثابت في ذلك فبقي على أصله في النهي وأما اختلافهم في الصلاة بعد صلاة العصر فسببه تعارض الآثار الثابتة في ذلك وذلك ان في ذلك حديثين متعارضين أحدهما حديث أبي هريرة المتفق على صحته أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس وعن الصلاة بعد الصبح حتى تطلع الشمس والثاني حديث عائشة قالت ماترك رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاتين في بيتي قط سرا ولا علانية ركعتين قبل الفجر وركعتين بعد العصر فمن رجح حديث أبي هريرة قال بالمنع ومن رجح حديث عائشة أو رآه ناسخا لانه العمل الذي مات عليه صلى الله عليه وسلم قال بالجواز وحديث أم سلمة يعارض حديث عائشة وفيه انها رأت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي ركعتين بعد العصر فسألته عن ذلك فقال انه أتاني ناس من عبد القيس فشغلوني عن الركعتين اللتين بعد الظهر وهما هاتان

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف العلماء في الصلاة التي لاتجوز في هذه الاوقات فذهب أبو حنيفة وأصحابه الى انها لاتجوز في هذه الاوقات صلاة باطلاق لافريضة مقضية ولا سنة ولا نافلة الا عصر يومه قالوا فانه يجوز أن يقضيه عند غروب الشمس اذا نسيه واتفق مالك والشافعي أنه يقضي الصلوات المفروضة في هذه الاوقات وذهب الشافعي الى ان الصلوات التي لاتجوز في هذه الاوقات هي النوافل فقط التي تفعل لغير سبب وأن السنن مثل صلاة الجنازة تجوز في هذه الاوقات ووافقه مالك في ذلك بعد العصر وبعد الصبح أعني في السنن وخالفه في التي تفعل لسبب مثل ركعتي المسجد فان الشافعي يجيز هاتين الركعتين بعد العصر وبعد الصبح ولا يجيز ذلك مالك واختلف قول مالك

فى جواز السنن عند الطلوع والغروب وقال الثورى فى الصلوات التى لا تجوز فى هذه الاوقات هى ماعدا الفرض ولم يفرق سنة من نفل فيتحصل فى ذلك ثلاثة أقوال قول هى الصلوات باطلاق وقول انها ماعدا المفروض سواء كانت سنة أو نفلا وقول انها النفل دون السنن وعلى الرواية التى منع مالك فيها صلاة الجنائز عند الغروب قول رابع وهو انها النفل فقط بعد الصبح والعصر والنفل والسنن معا عند الطلوع والغروب * وسبب الخلاف فى ذلك اختلافهم فى الجمع بين العمومات المتعارضة فى ذلك أعنى الواردة فى السنة وأى يخص بأى وذلك ان عموم قوله عليه الصلاة والسلام اذا نسى أحدكم الصلاة فليصلها اذا ذكرها يقتضى استغراق جميع الاوقات وقوله فى أحاديث النهى فى هذه الاوقات نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصلاة فيها يقتضى أيضا عموم أجناس الصلوات أعنى المفروضات والسنن والنوافل فتى حملنا الحديثين على العموم فى ذلك وقع بينهما تعارض هو من جنس التعارض الذى يقع بين العام والخاص اما فى الزمان واما فى اسم الصلاة فمن ذهب الى الاستثناء فى الزمان أعنى استثناء الخاص من العام منع الصلوات باطلاق فى تلك الساعات ومن ذهب الى استثناء الصلاة المفروضة المنصوص عليها بالقضاء من عموم اسم الصلاة المنهى عنها منع ماعدا الفرض فى تلك الاوقات وقد رجح مالك مذهبه من استثناء الصلوات المفروضة من عموم اسم الصلاة بما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر ولذلك استثنى الكوفيون عصر اليوم من الصلوات المفروضة لكن قد كان يجب عليهم أن يستثنوا من ذلك صلاة الصبح أيضا للنص الوارد فيها ولا يردوا ذلك برأيهم من أن المدرك لركعة قبل الطلوع يخرج للوقت المحظور والمدرك لركعة قبل الغروب يخرج للوقت المباح وأما الكوفيون فلهم أن يقولوا ان هذا الحديث ليس يدل على استثناء الصلوات المفروضة من عموم اسم الصلاة التى تعلق النهى بها فى تلك الاوقات لأن عصر اليوم ليس فى معنى سائر الصلوات المفروضة وكذلك كان لهم أن يقولوا فى الصبح لو سلموا أنه يقضى فى الوقت المنهى عنه فاذا الخلاف بينهم آيل الى أن المستثنى الذى ورد به اللفظ هل هو من باب الخاص أريد به الخاص أو من باب الخاص أريد به العام

وذلك أن من رأى أن المفهوم من ذلك هى صلاة العصر والصبح فقط المنصوص عليهما فهو عنده من باب الخاص أريد به الخاص ومن رأى أن المفهوم من ذلك ليس هو صلاة العصر فقط ولا الصبح بل جميع الصلوات المفروضة فهو عنده من باب الخاص أريد به العام واذا كان ذلك كذلك فليس ههنا دليل قاطع على ان الصلوات المفروضة هي المستثناة من اسم الصلاة الفائتة كما أنه ليس ههنا دليل أصلا لا قاطع ولا غير قاطع على استثناء الزمان الخاص الوارد فى أحاديث النهى من الزمان العام الوارد فى أحاديث الامر دون استثناء الصلاة الخاصة المنطوق بها فى أحاديث الامر من الصلاة العامة المنطوق بها فى أحاديث النهى وهذا بين فانه اذا تعارض حديثان فى كل واحد منهما عام وخاص لم يجب ان يصار الى تغليب أحدهما الا بدليل أعنى استثناء خاص هذا من عام ذاك أو خاص ذلك من عام هذا وذلك بين والله أعلم

(الباب الثانى فى معرفة الاذان والاقامة)

هذا الباب ينقسم أيضا الى فصلين الأول فى الأذان والثانى فى الاقامة

(الفصل الاول)

هذا الفصل ينحصر فيه الكلام فى خمسة أقسام الأول فى صفته الثانى فى حكمه الثالث فى وقته الرابع فى شروطه الخامس فيما يقوله السامع له

﴿ القسم الأول من الفصل الأول من الباب الثانى فى صفة الأذان ﴾

اختلف العلماء فى الاذان على أربع صفات مشهورة احداها تثنية التكبير فيه وتربيع الشهادتين وباقيه مثنى وهو مذهب أهل المدينة مالك وغيره واختار المتأخرون من أصحاب مالك الترجيع وهو أن يثنى الشهادتين أولا خفيا ثم يثنيهما مرة ثانية مرفوع الصوت والصفة الثانية أذان المكيين وبه قال الشافعى وهو تربيع التكبير الاول والشهادتين وتثنية باقى الاذان والصفة الثالثة أذان الكوفيين وهو تربيع التكبير الاول وتثنية باقى الاذان وبه قال أبو حنيفة والصفة الرابعة أذان البصريين وهو تربيع التكبير الاول وتثليث الشهادتين وحى على الصلاة وحى على الفلاح يبدأ بأشهد أن لا اله الا الله حتى يصل حى على الفلاح ثم يعيد كذلك مرة

ثانية أعنى الاربع كلمات سبعا ثم يعيدهن ثالثة وبه قال الحسن البصرى وابن سيرين * والسبب فى اختلاف كل واحد من هؤلاء الاربع فرق اختلاف الآثار فى ذلك واختلاف اتصال العمل عند كل واحد منهم وذلك ان المدنيين يحتجون لمذهبهم بالعمل المتصل بذلك فى المدينة والمكيون كذلك أيضا يحتجون بالعمل المتصل عندهم بذلك وكذلك الكوفيون والبصريون ولكل واحد منهم آثار تشهد لقوله أما تثنية التكبير فى أوله على مذهب أهل الحجاز فروى من طرق صحاح عن أبى محذورة وعبد الله بن زيد الانصارى وترجيعه أيضا روى عن أبى محذورة من طرق أخر وعن عبد الله بن زيد قال الشافعى وهى زيادات يجب قبولها مع اتصال العمل بذلك بمكة وأما الترجيع الذى اختاره المتأخرون من أصحاب مالك فروى من طريق أبى قدامة قال أبو عمر وأبو قدامة عندهم ضعيف وأما الكوفيون فبحديث أبى ليلى وفيه أن عبد الله بن زيد رأى فى المنام رجلا قام على خرم حائط وعليه بردان أخضران فاذن مثنى وأقام مثنى وأنه اخبر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام بلال فأذن مثنى وأقام مثنى والذى خرجه البخارى فى هذا الباب انما هو من حديث أنس فقط وهو أن بلالا أمر ان يشفع الاذان ويوتر الاقامة الا قد قامت الصلاة فانه يثنيها وخرج مسلم عن أبى محذور على صفة أذان الحجازيين ولمكان هذا التعارض الذى ورد فى الاذان رأى أحمد بن حنبل وداود ان هذه الصفات المختلفة انما وردت على التخيير لا على ايجاب واحدة منها وأن الانسان مخير فيها واختلفوا فى قول المؤذن فى صلاة الصبح الصلاة خير من النوم هل يقال فيها أم لا فذهب الجمهور الى انه يقال ذلك فيها وقال آخرون انه لا يقال لانه ليس من الاذان المسنون وبه قال الشافعى وسبب اختلافهم اختلافهم هل قيل ذلك فى زمان النبى صلى الله عليه وسلم أو انما قيل فى زمان عمر

﴿ القسم الثانى من الفصل الاول من الباب الثانى ﴾

اختلف العلماء فى حكم الاذان هل هو واجب أو سنة مؤكدة وان كان واجبا فهل هو من فروض الاعيان أو من فروض الكفاية فقيل عن مالك ان الاذان هو فرض على مساجد الجماعات وقيل سنة مؤكدة ولم يره على المنفرد لا فرضا ولا سنة

وقال بعض أهل الظاهر هو واجب على الاعيان وقال بعضهم على الجماعة كانت فى سفر أوفى حضر وقال بعضهم فى السفر واتفق الشافعى وأبو حنيفة على أنه سنة للمنفرد والجماعة الا أنه آكد فى حق الجماعة قال أبو عمر واتفق الكل على انه سنة مؤكدة أو فرض على المصرى لما ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا سمع النداء لم يغر واذا لم يسمعه أغار * والسبب فى اختلافهم معارضة المفهوم من ذلك لظواهر الآثار وذلك أنه ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمالك بن الحويرث ولصاحبه اذا كنتما فى سفر فاذنا وأقيما وليؤمكما أكبركما وكذلك ماروى من اتصال عمله به صلى الله عليه وسلم فى الجماعة فمن فهم من هذا الوجوب مطلقا قال انه فرض على الاعيان أو على الجماعة وهو الذى حكاه ابن المغلس عن داود ومن فهم منه الدعاء الى الاجتماع للصلاة قال انه سنة المساجد أو فرض فى المواضع التى يجتمع اليها الجماعة فسبب الخلاف هو تردده بين أن يكون قولا من أقاويل الصلاة المختصة بها أو يكون المقصود به هو الاجتماع

﴿ القسم الثالث من الفصل الاول ﴾

وأما وقت الاذان فاتفق الجميع على أنه لا يؤذن للصلاة قبل وقتها ماعدا الصبح فانهم اختلفوا فيها فذهب مالك والشافعى الى أنه يجوز أن يؤذن لها قبل الفجر ومنع ذلك أبو حنيفة وقال قوم لا بد للصبح اذا أذن لها قبل الفجر من أذان بعد الفجر لأن الواجب عندهم هو الاذان بعد الفجر وقال أبو محمد بن حزم لا بد لها من أذان بعد الوقت وان أذن قبل الوقت جاز اذا كان بينهما زمان يسير قدر ما يهبط الاول ويصعد الثانى والسبب فى اختلافهم انه ورد فى ذلك حديثان متعارضان أحدهما الحديث المشهور الثابت وهو قوله عليه والصلاة والسلام ان بلالا ينادى بليل فكلوا واشربوا حتى ينادى ابن أم مكتوم وكان ابن أم مكتوم رجلا أعمى لا ينادى حتى يقال له أصبحت أصبحت والثانى ماروى عن ابن عمر ان بلالا أذن قبل طلوع الفجر فأمره النبى صلى الله عليه وسلم أن يرجع فينادى ألا ان العبد قد نام وحديث الحجازيين أثبت وحديث الكوفيين أيضا خرجه أبو داود وصححه كثير من أهل العلم فذهب الناس فى هذين الحديثين اما مذهب الجمع واما مذهب

الترجيح فامامن ذهب مذهب الترجيح فالحجازيون فانهم قالوا حديث بلال أثبت والمصير اليه أوجب وأمامن ذهب مذهب الجمع فالكوفيون وذلك انهم قالوا يحتمل أن يكون نداء بلال فى وقت يشك فيه فى طلوع الفجر لانه كان فى بصره ضعف و يكون نداء ابن أم مكتوم فى وقت يتيقن فيه طلوع الفجر و يدل على ذلك ماروى عن عائشة أنها قالت لم يكن بين أذانهما الا بقدر ما يهبط هذا و يصعد هذا وأمامن قال انه يجمع بينهما أعنى أن يؤذن قبل الفجر و بعده فعلى ظاهر ماروى من ذلك فى صلاة الصبح خاصة أعنى انه كان يؤذن لها فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مؤذنان بلال وابن أم مكتوم

﴿ القسم الرابع من الفصل الأول فى الشروط ﴾

وفى هذا القسم مسائل ثمانية احداها هل من شروط من أذن أن يكون هو الذى يقيم أم لا والثانية هل من شرط الاذان أن لا يتكلم فى أثنائه أم لا والثالثة هل من شرطه أن يكون على طهارة أم لا والرابعة هل من شرطه أن يكون متوجها الى القبلة أم لا والخامسة هل من شرطه أن يكون قائما أم لا والسادسة هل يكره أذان الراكب أم ليس يكره والسابعة هل من شرطه البلوغ أم لا والثامنة هل من شرطه أن لا يأخذ على الاذان أجرا أم يجوزله أن يأخذه فأما اختلافهم فى الرجلين يؤذن أحدهما و يقيم الآخر فأكثر فقهاء الامصار على اجازة ذلك وذهب بعضهم الى أن ذلك لا يجوز والسبب فى ذلك انه ورد فى هذا حديثان متعارضان أحدهما حديث الصدائى قال أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما كان أوان الصبح أمرنى فأذنت ثم قام الى الصلاة فجاء بلال ليقيم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أخا صداء أذن ومن أذن فهو يقيم والحديث الثانى ماروى ان عبد الله بن زيد حين أرى الاذان أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بلالا فاذن ثم أمر عبد الله فاقام فمن ذهب مذهب النسخ قال حديث عبد الله بن زيد متقدم وحديث الصدائى متأخر ومن ذهب مذهب الترجيح قال حديث عبد الله بن زيد أثبت لان حديث الصدائى انفرد به عبد الرحمن بن زياد الافريقى وليس بحجة عندهم

وأما اختلافهم فى الأجرة على الاذان فلمكان اختلافهم فى تصحيح الخبر الوارد فى ذلك أعنى حديث عثمان بن أبى العاص انه قال ان من آخر ما عهد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أتخذ مؤذنا لا يأخذ على أذانه أجرا ومن منعه قاس الاذان فى ذلك على الصلاة وأما سائر الشروط الاخر فسبب الخلاف فيها هو قياسها على الصلاة فمن قاسها على الصلاة أوجب تلك الشروط الموجودة فى الصلاة ومن لم يقسها لم يوجب ذلك قال أبو عمر بن عبد البر قد روينا عن أبى وائل بن حجر قال حق وسنة مسنونة ألا يؤذن الا وهو قائم ولا يؤذن الا على طهر قال وابو وائل هو من الصحابة وقوله سنة يدخل فى المسند وهو أولى من القياس (قال القاضى) وقد خرج الترمذى عن أبى هريرة انه عليه الصلاة والسلام قال لا يؤذن الا متوضئ.

﴿ القسم الخامس ﴾

اختلف العلماء فيما يقوله السامع للمؤذن فذهب قوم الى انه يقول ما يقول المؤذن كلمة بكلمة الى آخر النداء وذهب آخرون الى انه يقول مثل ما يقول المؤذن الا اذا قال حى على الصلاة حى على الفلاح فانه يقول لا حول ولا قوة الا بالله والسبب فى الاختلاف فى ذلك تعارض الآثار وذلك انه قد روى من حديث أبى سعيد الخدرى أنه عليه الصلاة والسلام قال اذا سمعتم المؤذن فقولوا مثل ما يقول وجاء من طريق عمر بن الخطاب وحديث معاوية أن السامع يقول عند حى على الصلاة حى على الفلاح لا حول ولا قوة الا بالله فمن ذهب مذهب الترجيح أخذ بعموم حديث أبى سعيد الخدرى ومن بنى العام فى ذلك على الخاص جمع بين الحديثين وهو مذهب مالك بن أنس

(الفصل الثانى من الباب الثانى من الجملة الثانية فى الاقامة)

اختلفوا فى الاقامة فى موضعين فى حكمها وفى صفتها أما حكمها فانها عند فقهاء الامصار فى حق الاعيان والجماعات سنة مؤكدة أكثر من الاذان وهى عند أهل الظاهر فرض ولا أدرى هل هى فرض عندهم على الاطلاق أو فرض من فروض الصلاة والفرق بينهما ان على القول الاول لا تبطل الصلاة بتركها وعلى الثانى تبطل وقال ابن كنانة من أصحاب مالك من تركها عامدا بطلت صلاته وسبب هذا الاختلاف

اختلافهم هل هي من الافعال التي وردت بيانا لمجمل الامر بالصلاة فيحمل على الوجوب لقوله عليه الصلاة والسلام صلوا كما رأيتموني أصلي أم هي من الافعال التي تحمل على الندب وظاهر حديث مالك بن الحويرث يوجب كونها فرضا امافي الجماعة واما على المنفرد وأما صفة الاقامة فانها عند مالك والشافعي أما التكبير الذي في أولها فمثنى وأما ما بعد ذلك فمرة واحدة الا قوله قد قامت الصلاة فانها عند مالك مرة واحدة وعند الشافعي مرتين وأما الحنفية فان الاقامة عندهم مثنى مثنى وخير أحمد بن حنبل بين الافراد والتثنية على رأيه في التخيير في النداء وسبب الاختلاف تعارض حديث أنس في هذا المعنى وحديث أبي ليلى المتقدم وذلك ان في حديث أنس الثابت امر بلال ان يشفع الاذان ويفرد الاقامة الا قد قامت الصلاة وفي حديث أبي ليلى أنه عليه الصلاة والسلام أمر بلالا فأذن مثنى وأقام مثنى والجمهور أنه ليس على النساء أذان ولا اقامة وقال مالك ان أقمن فحسن وقال الشافعي ان أذن وأقمن فحسن وقال اسحق ان عليهن الاذان والاقامة وروى عن عائشة انها كانت تؤذن وتقيم فيما ذكره ابن المنذر والخلاف آيل الى هل تؤم المرأة أولا تؤم وقيل الاصل انها في معنى الرجل في كل عبادة الا أن يقوم الدليل على تخصيصها أم في بعضها هي كذلك وفي بعضها يطلب الدليل

(الباب الثالث من الجملة الثانية في القبلة)

اتفق المسلمون على ان التوجه نحو البيت شرط من شروط صحة الصلاة لقوله تعالى (ومن حيث خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام) أما اذا أبصر البيت فالفرض عندهم هو التوجه الى عين البيت ولا خلاف في ذلك وأما اذا غابت الكعبة عن الابصار فاختلفوا من ذلك في موضعين أحدهما هل الفرض هو العين أو الجهة والثاني هل فرضه الاصابة أو الاجتهاد أعني اصابة الجهة او العين عند من أوجب العين فذهب قوم الى ان الفرض هو العين وذهب آخرون الى انه الجهة والسبب في اختلافهم هل في قوله تعالى (فول وجهك شطر المسجد الحرام) محذوف حتى يكون تقديره ومن حيث خرجت فول وجهك جهة شطر المسجد الحرام أم ليس

ههنا محذوف أصلا وان الكلام على حقيقته فمن قدر هنالك محذوفا قال الفرض الجهة ومن لم يقدر هنالك محذوفا قال الفرض العين والواجب حمل الكلام على الحقيقة حتى يدل الدليل على حمله على المجاز وقد يقال ان الدليل على تقدير هذا المحذوف قوله عليه الصلاة والسلام ما بين المشرق والمغرب قبلة اذا توجه نحو البيت قالوا واتفاق المسلمين على الصف الطويل خارج الكعبة يدل على ان الفرض ليس هو العين أعني اذا لم تكن الكعبة مبصرة والذي أقول انه لو كان واجبا قصد العين لكان حرجا وقد قال تعالى (وما جعل عليكم في الدين من حرج) فان اصابة العين شئ لا يدرك الا بتقريب وتسامح بطريق الهندسة واستعمال الارصاد في ذلك فكيف بغير ذلك من طرق الاجتهاد ونحن لم نكلف الاجتهاد فيه بطريق الهندسة المبني على الارصاد المستنبط منها طول البلاد وعرضها

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ فهي هل فرض المجتهد في القبلة الاصابة أو الاجتهاد فقط حتى يكون اذا قلنا ان فرضه الاصابة متى تبين له انه أخطأ أعاد الصلاة ومتى قلنا ان فرضه الاجتهاد لم يجب ان يعيد اذا تبين له الخطأ وقد كان صلى قبل باجتهاده أما الشافعي فزعم أن فرضه الاصابة وانه اذا تبين له انه أخطأ أعاد أبدا وقال قوم لا يعيد وقد مضت صلاته ما لم يتعمد أو صلى بغير اجتهاد وبه قال مالك وابو حنيفة الا ان مالكا استحب له الاعادة في الوقت وسبب الخلاف في ذلك معارضة الاثر للقياس مع الاختلاف أيضا في تصحيح الاثر الوارد في ذلك أما القياس فهو تشبيه الجهة بالوقت أعني بوقت الصلاة وذلك انهم أجمعوا على ان الفرض فيه هو الاصابة وانه ان انكشف للمكلف انه صلى قبل الوقت أعاد ابدا الا خلافا شاذا في ذلك عن ابن عباس وعن الشعبي وماروى عن مالك من ان المسافر اذا جهل فصلى العشاء قبل غيبوبة الشفق ثم انكشف له انه صلاها قبل غيبوبة الشفق انه قد مضت صلاته ووجه الشبه بينهما ان هذا ميقات وقت وهذا ميقات جهة وأما الاثر فحديث عامر بن ربيعة قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في ليلة ظلماء في سفر فخفيت علينا القبلة فصلى كل واحد منا الى وجهه وعلمنا فلما أصبحنا فاذا نحن قد صلينا الى غير القبلة فسألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مضت صلاتكم ونزلت (ولله المشرق والمغرب فأينما تولوا

فثم وجه الله) وعلى هذا فتكون هذه الآية محكمة وتكون فيمن صلى فانكشف له انه صلى لغير القبلة والجمهور على انها منسوخة بقوله تعالى (ومن حيث خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام) فمن لم يصح عنده هذا الاثر قاس ميقات الجهة على ميقات الزمان ومن ذهب مذهب الاثر لم تبطل صلاته وفي هذا الباب مسئلة مشهورة وهي جواز الصلاة في داخل الكعبة وقد اختلفوا في ذلك فنهم من منعه على الاطلاق ومنهم من أجازه على الاطلاق ومنهم من فرق بين النفل في ذلك والفرض وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك والاحتمال المتطرق لمن استقبل أحد حيطانها من داخل هل يسمى مستقبلا للبيت كما يسمى من استقبله من خارج أم لا أما الاثر فانه ورد في ذلك حديثان متعارضان كلاهما ثابت أحدهما حديث ابن عباس قال لما دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيت دعا في نواحيه كلها ولم يصل حتى خرج فلما خرج ركع ركعتين في قبل الكعبة وقال هذه القبلة والثاني حديث عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الكعبة هو وأسامة بن زيد وعثمان بن طلحة و بلال بن رباح فأغلقها عليه ومكث فيها فسألت بلالا حين خرج ماذا صنع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال جعل عمودا عن يساره وعمودا عن يمينه وثلاثة أعمدة وراءه ثم صلى فمن ذهب مذهب الترجيح أو النسخ قال اما بمنع الصلاة مطلقا ان رجح حديث ابن عباس واما باجازتها مطلقا ان رجح حديث ابن عمر ومن ذهب مذهب الجمع بينهما حمل حديث ابن عباس على الفرض وحديث ابن عمر على النفل والجمع بينهما فيه عسر فان الركعتين اللتين صلاهما عليه الصلاة والسلام خارج الكعبة وقال هذه القبلة هي نفل ومن ذهب مذهب سقوط الاثر عند التعارض فان كان ممن يقول باستصحاب حكم الاجماع والاتفاق لم يجز الصلاة داخل البيت أصلا وان كان ممن لا يرى استصحاب حكم الاجماع عاد النظر في انطلاق اسم المستقبل للبيت على من صلى داخل الكعبة فمن جوزه أجاز الصلاة ومن لم يجوزه وهو الاظهر لم يجز الصلاة في البيت واتفق العلماء بأجمعهم على استحباب السترة بين المصلي والقبلة اذا صلى منفردا كان أو اماما وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام اذا وضع أحدكم بين يديه مثل مؤخرة الرحل فليصل واختلفوا في الخط اذا لم يجد سترة

فقال الجمهور ليس عليه أن يخط وقال أحمد بن حنبل يخط خطا بين يديه وسبب اختلافهم اختلافهم فى تصحيح الاثر الوارد فى الخط والاثر رواه أبو هريرة انه عليه الصلاة والسلام قال اذا صلى أحدكم فليجعل تلقاء وجهه شيأ فان لم يكن فلينصب عصا فان لم تكن معه عصا فليخط خطا ولا يضره من مر بين يديه خرجه أبو داود وكان أحمد بن حنبل يصححه والشافعي لا يصححه وقد روى انه صلى الله عليه وسلم صلى لغير سترة والحديث الثابت انه كان يخرج له العنزة فهذه جملة قواعد هذا الباب وهى أربع مسائل

(الباب الرابع من الجملة الثانية)

وهذا الباب ينقسم الى فصلين أحدهما فى ستر العورة والثانى فيما يجزئ من اللباس فى الصلاة

(الفصل الاول)

اتفق العلماء على ان ستر العورة فرض باطلاق واختلفوا هل هو شرط من شروط صحة الصلاة أم لا وكذلك اختلفوا فى حد العورة من الرجل والمرأة وظاهر مذهب مالك انها من سنن الصلاة وذهب أبو حنيفة والشافعي الى انها من فروض الصلاة وسبب الخلاف فى ذلك تعارض الآثار واختلافهم فى مفهوم قوله تعالى (يابنى خذوا زينتكم عند كل مسجد) هل الامر بذلك على الوجوب أو على الندب فمن حمله على الوجوب قال المراد به ستر العورة واحتج لذلك بان سبب نزول هذه الآية كان ان المرأة كانت تطوف بالبيت عريانة وتقول

اليوم يبدو بعضه أو كله * وما بدا منه فلا أحله

فنزلت هذه الآية وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا يحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان ومن حمله على الندب قال المراد بذلك الزينة الظاهرة من الرداء وغير ذلك من الملابس التى هى زينة واحتج لذلك بما جاء فى الحديث من انه كان رجال يصلون مع النبي عليه الصلاة والسلام عاقدى أزرهم على أعناقهم كهيئة الصبيان ويقال للنساء لا ترفعن رؤسكن حتى يستوى الرجال جلوسا قالوا ولذلك من لم يجد

مابه يستر عورته لم يختلف فى انه يصلى واختلف فيمن عدم الطهارة هل يصلى أم لا يصلى

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهو حد العورة من الرجل فذهب مالك والشافعى الى ان حد العورة منه ما بين السرة الى الركبة وكذلك قال أبو حنيفة وقال قوم العورة هما السوأتان فقط من الرجل وسبب الخلاف فى ذلك أثران متعارضان كلاهما ثابت أحدهما حديث جرهد ان النبى صلى الله عليه وسلم قال الفخذ عورة والثانى حديث أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم حسر عن فخذه وهو جالس مع أصحابه قال البخارى وحديث أنس أسند وحديث جرهد أحوط وقد قال بعضهم العورة الدبر والفرج والفخذ

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهى حد العورة فى المرأة فأكثر العلماء على ان بدنها كله عورة ما خلا الوجه والكفين وذهب أبو حنيفة الى ان قدمها ليست بعورة وذهب أبو بكر بن عبد الرحمن وأحمد الى أن المرأة كلها عورة وسبب الخلاف فى ذلك احتمال قوله تعالى (ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها) هل هذا المستثنى المقصود منه أعضاء محدودة أم انما المقصود به ما لا يملك ظهوره فمن ذهب الى أن المقصود من ذلك ما لا يملك ظهوره عند الحركة قال بدنها كله عورة حتى ظهرها واحتج لذلك بعموم قوله تعالى (يا أيها النبى قل لازواجك و بناتك ونساء المؤمنين) الآية ومن رأى ان المقصود من ذلك ما جرت به العادة بانه لا يستر وهو الوجه والكفان ذهب الى انهما ليسا بعورة واحتج لذلك بان المرأة ليس تستر وجهها فى الحج

(الفصل الثانى من الباب الرابع فيما يجزئ من اللباس فى الصلاة)

أما اللباس فالاصل فيه قوله تعالى (خذوا زينتكم عند كل مسجد) والنهى الوارد عن هيآت بعض الملابس فى الصلاة وذلك انهم اتفقوا فيما أحسب على ان الهيآت من اللباس التى نهى عن الصلاة فيها مثل اشتمال الصماء وهو أن يحتبى الرجل فى ثوب واحد ليس على عاتقه منه شئ وأن يحتبى الرجل فى ثوب واحد ليس على فرجه منه شئ وسائر ما ورد من ذلك ان ذلك كله سد ذريعة ألا تنكشف عورته ولا أعلم ان أحدا قال لا تجوز صلاة على احدى هذه الهيآت ان لم تنكشف عورته وقد كان على أصول أهل الظاهر يجب ذلك واتفقوا على انه يجزئ الرجل من اللباس فى الصلاة الثوب

الواحد لقول النبي صلى الله عليه وسلم وقد سئل أيصلي الرجل في الثوب الواحد فقال أولكلكم ثوبان واختلفوا في الرجل يصلي مكشوف الظهر والبطن فالجمهور على جواز صلاته لكون الظهر والبطن من الرجل ليس بعورة وشذ قوم فقالوا لا تجوز صلاته لنهيه صلى الله عليه وسلم أن يصلي الرجل في الثوب الواحد ليس على عاتقه منه شئ وتمسك بوجوب قوله تعالى (خذوا زينتكم عند كل مسجد) واتفق الجمهور على ان اللباس المجزئ للمرأة في الصلاة هو درع وخمار لما روى عن أم سلمة انها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ماذا تصلي فيه المرأة فقال في الخمار والدرع السابغ اذا غيبت ظهور قدميها ولما روى أيضا عن عائشة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا يقبل الله صلاة حائض الا بخمار وهو مروى عن عائشة وميمونة وأم سلمة انهم كانوا يفتون بذلك وكل هؤلاء يقولون انها ان صلت مكشوفة أعادت في الوقت وبعده الا مالكا فانه قال انها تعيد في الوقت فقط والجمهور على ان الخادم لها أن تصلي مكشوفة الرأس والقدمين وكان الحسن البصري يوجب عليها الخمار واستحبه عطاء وسبب الخلاف الخطاب المتوجه الى الجنس الواحد هل يتناول الاحرار والعبيد معا أم الاحرار فقط دون العبيد واختلفوا في صلاة الرجل في ثوب الحرير فقال قوم تجوز صلاته فيه وقال قوم لا تجوز وقوم استحبوا له الاعادة في الوقت وسبب اختلافهم في ذلك هل الشئ المنهى عنه مطلقا اجتنابه شرط في صحة الصلاة أم لا فمن ذهب الى انه شرط قال ان الصلاة لا تجوز به ومن ذهب الى أنه يكون بلباسه مأثوما والصلاة جائزة قال ليس شرطا في صحة الصلاة كالطهارة التي هي شرط وهذه المسئلة هي من نوع الصلاة في الدار المغصوبة والخلاف فيها مشهور

(الباب الخامس)

وأما الطهارة من النجس فمن قال انها سنة مؤكدة فيبعد أن يقول انها فرض في الصلاة أي من شروط صحتها وأما من قال انها فرض باطلاق فيجوز أن يقول انها فرض في الصلاة ويجوز أن لا يقول ذلك وحكى عبد الوهاب عن المذهب في ذلك قولين أحدهما ان ازالة النجاسة شرط في صحة الصلاة في حال القدرة والذكر

القول الآخر انها ليست شرطا والذى حكاه من أنها شرط لا يتخرج على مشهور المذهب من ان غسل النجاسة سنة مؤكدة وانما يتخرج على القول بانها فرض مع الذكر والقدرة وقد مضت هذه المسئلة فى كتاب الطهارة وعرف هنالك أسباب الخلاف فيها وانما الذى يتعلق به ههنا الكلام من ذلك هل ماهو فرض مطلق مما يقع فى الصلاة يجب أن يكون فرضا فى الصلاة أم لا والحق ان الشئ المأمور به على الاطلاق لا يجب أن يكون شرطا فى صحة شئ مّا (١) آخر مأمور به وان وقع فيه الا بأمر آخر وكذلك الأمر فى الشئ المنهى عنه على الاطلاق لا يجب أن يكون شرطا فى صحة شئ مّا (١) الا بأمر آخر

(الباب السادس)

وأما المواضع التى يصلى فيها فان من الناس من أجاز الصلاة فى كل موضع لا تكون فيه نجاسة ومنهم من استثنى من ذلك سبعة مواضع المزبلة والمجزرة والمقبرة وقارعة الطريق والحمام ومعاطن الابل وفوق ظهر بيت الله ومنهم من استثنى من ذلك المقبرة فقط ومنهم من استثنى المقبرة والحمام ومنهم من كره الصلاة فى هذه المواضع المنهى عنها ولم يبطلها وهو أحد ماروى عن مالك وقد روى عنه الجواز وهذه رواية ابن القاسم وسبب اختلافهم تعارض ظواهر الآثار فى هذا الباب وذلك ان ههنا حديثين متفق على صحتهما وحديثين مختلف فيهما فأما المتفق عليهما فقوله عليه الصلاة والسلام أعطيت خمسا لم يعطهن أحد قبلى وذكر فيها وجعلت لى الارض مسجدا وطهورا فأينما أدركتنى الصلاة صليت وقوله عليه الصلاة والسلام اجعلوا من صلاتكم فى بيوتكم ولا تتخذوها قبورا وأما الغير المتفق عليهما فأحدهما ماروى انه عليه الصلاة والسلام نهى أن يصلى فى سبعة مواطن فى المزبلة والمجزرة والمقبرة وقارعة الطريق وفى الحمام وفى معاطن الابل وفوق ظهر بيت الله خرجه الترمذى والثانى ماروى انه قال عليه الصلاة والسلام صلوا فى مرابض الغنم ولا تصلوا فى أعطان الابل فذهب الناس فى هذه الأحاديث ثلاثة مذاهب أحدها مذهب

---

(١) ما بين علامتى (١) غير موجود بالنسخة المصرية لكنه مثبت فى النسخة الفاسية اهـ

الترجيح والنسخ والثانى مذهب البناء أعنى بناء الخاص على العام والثالث مذهب الجمع فأما من ذهب مذهب الترجيح والنسخ فأخذ بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام جعلت لى الارض مسجدا وطهورا وقال هذا ناسخ لغيره لان هذه هى فضائل له عليه الصلاة والسلام وذلك مما لا يجوز نسخه وأما من ذهب مذهب بناء الخاص على العام فقال حديث الاباحة عام وحديث النهى خاص فيجب أن يبنى الخاص على العام فمن هؤلاء من استثنى السبعة مواضع ومنهم من استثنى الحمام والمقبرة وقال هذا هو الثابت عنه عليه الصلاة والسلام لانه قد روى أيضا النهى عنهما مفردين ومنهم من استثنى المقبرة فقط للحديث المتقدم وأما من ذهب مذهب الجمع ولم يستثن خاصا من عام فقال أحاديث النهى محمولة على الكراهة والأول على الجواز واختلفوا فى الصلاة فى البيع والكنائس فكرهها قوم وأجازها قوم وفرق قوم بين أن يكون فيها صور أولا يكون وهو مذهب ابن عباس لقول عمر لا تدخل كنائسهم من أجل التماثيل والعلة فيمن كرهها لا من أجل التصاوير حملها على النجاسة واتفقوا على الصلاة على الارض واختلفوا فى الصلاة على الطنافس وغير ذلك مما يقعد عليه على الارض والجمهور على اباحة السجود على الحصير وما يشبهه مما تنبته الارض والكراهية بعد ذلك وهو مذهب مالك بن أنس (١)

(الباب السابع)

وأما التروك المشترطة فى الصلاة فاتفق المسلمون على أن منها قولا ومنها فعلا فأما الأفعال فجميع الأفعال المباحة التى ليست من أفعال الصلاة الا قتل العقرب والحية فى الصلاة فانهم اختلفوا فى ذلك لمعارضة الأثر فى ذلك للقياس واتفقوا فيما أحسب على جواز الفعل الخفيف وأما الأقوال فهى أيضا الأقوال التى ليست من أقاويل الصلاة وهذه أيضا لم يختلفوا انها تفسد الصلاة عمدا لقوله تعالى (وقوموا لله قانتين) ولما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام ان الله يحدث من أمره ما يشاء ومما أحدث

(١) لا يخفى ما فى هذه العبارة فتدبر

ألا تكلموا فى الصلاة وهو حديث ابن مسعود وحديث زيد بن أرقم أنه قال كنا نتكلم فى الصلاة حتى نزلت (وقوموا لله قانتين) فأمرنا بالسكوت ونهينا عن عن الكلام وحديث معاوية بن الحكم السلمى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان صلاتنا لا يصلح فيها شئ من كلام الناس انما هو التسبيح والتهليل والتحميد وقراءة القرآن الا أنهم اختلفوا من ذلك فى موضعين أحدهما اذا تكلم ساهيا والآخر اذا تكلم عامدا لاصلاح الصلاة وشذ الاوزاعى فقال من تكلم فى الصلاة لاحياء نفس أو لامر كبير فانه يبنى والمشهور من مذهب مالك أن التكلم عمدا على جهة الاصلاح لا يفسدها وقال الشافعى يفسدها التكلم كيف كان الامع النسيان وقال أبو حنيفة يفسدها التكلم كيف كان * والسبب فى اختلافهم تعارض ظواهر الأحاديث فى ذلك وذلك أن الأحاديث المتقدمة تقتضى تحريم الكلام على العموم وحديث أبى هريرة المشهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف من اثنتين فقال له ذو اليدين أقصرت الصلاة أم نسيت يارسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أصدق ذو اليدين فقالوا نعم فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى ركعتين أخريين ثم سلم ظاهره أن النبى صلى الله عليه وسلم تكلم والناس معه وانهم بنوا بعد التكلم ولم يقطع ذلك التكلم صلاتهم فمن أخذ بهذا الظاهر ورأى ان هذا شئ يخص الكلام لاصلاح الصلاة استثنى هذا من ذلك العموم وهو مذهب مالك بن أنس ومن ذهب الى أنه ليس فى الحديث دليل على انهم تكلموا عمدا فى الصلاة وانما يظهر منهم انهم تكلموا وهم يظنون أن الصلاة قد قصرت وتكلم النبى عليه الصلاة والسلام وهو يظن أن الصلاة قد تمت ولم يصح عنده أن الناس قد تكلموا بعد قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ماقصرت الصلاة ومانسيت قال ان المفهوم من الحديث انما هو اجازة الكلام لغير العامد فاذا السبب فى اختلاف مالك والشافعى فى المستثنى من ذلك العموم هو اختلافهم فى مفهوم هذا الحديث مع أن الشافعى اعتمد أيضا فى ذلك أصلا عاما وهو قوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وأما أبو حنيفة فحمل أحاديث النهى على عمومها ورأى انها ناسخة لحديث ذى اليدين وانه متقدم عليها

(الباب الثامن)

وأما النية فاتفق العلماء على كونها شرطا في صحة الصلاة لكون الصلاة هي رأس العبادات التي وردت في الشرع لغير مصلحة معقولة أعني من المصالح المحسوسة واختلفوا هل من شرط نية المأموم أن توافق نية الامام في تعين الصلاة وفي الوجوب حتى لا يجوز أن يصلي المأموم ظهرا بامام يصلي عصرا ولا يجوز أن يصلي الامام ظهرا يكون في حقه نفلا وفي حق المأموم فرضا فذهب مالك وأبو حنيفة الى أنه يجب أن يوفق نية المأموم نية الامام وذهب الشافعي الى أنه ليس يجب * والسبب في اختلافهم معارضة مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام انما جعل الامام ليؤتم به لما جاء في حديث معاذ من أنه كان يصلي مع النبي عليه الصلاة والسلام ثم يصلي بقومه فمن رأى ذلك خاصا لمعاذ وأن عموم قوله عليه الصلاة والسلام انما جعل الامام ليؤتم به يتناول النية اشترط موافقة نية الامام للمأموم ومن رأى ان الاباحة لمعاذ في ذلك هي اباحة لغيره من سائر المكلفين وهو الأصل قال لا يخلو الأمر في ذلك الحديث الثاني من أحد أمرين اما أن يكون ذلك العموم الذي فيه لا يتناول النية لأن ظاهره انما هو في الأفعال فلا يكون بهذا الوجه معارضا لحديث معاذ واما أن يكون يتناولها فيكون حديث معاذ قد خصص ذلك العموم وفي الثانية مسائل ليس لها تعلق بالمنطوق به من الشرع رأينا تركها اذ كان غرضنا على القصد الاول انما هو الكلام في المسائل التي تتعلق بالمنطوق به من الشرع ﴿الجملة الثالثة من كتاب الصلاة﴾ وهو معرفة ما تشتمل عليه من الأقوال والأفعال وهي الأركان والصلوات المفروضة تختلف في هذين بالزيادة والنقصان اما من قبل الانفراد والجماعة واما من قبل الزمان مثل مخالفة ظهر الجمعة لظهر سائر الأيام واما من قبل الحضر والسفر واما من قبل الأمن والخوف واما من قبل الصحة والمرض فاذا أريد أن يكون القول في هذه صناعيا وجاريا على نظام فيجب أن يقال أولا فيما تشترك فيه هذه كلها ثم يقال فيما يخص واحدة واحدة منها أو يقال في واحدة واحدة منها وهو الأسهل وان كان هذا النوع من التعليم يعرض منه تكرار ما وهو الذي سلكه الفقهاء ونحن نتبعهم

فى ذلك فنجعل هـذه الجملة منقسمة الى ستة أبواب الباب الأول فى صلاة المنفرد الحاضر الآمن الصحيح الباب الثانى فى صلاة الجماعة أعنى فى أحكام الامام والمأموم فى الصلاة الباب الثالث فى صلاة الجمعة الباب الرابع فى صلاة السفر الباب الخامس فى صلاة الخوف الباب السادس فى صلاة المريض

(الباب الأول)

وهذا الباب فيه فصلان الفصل الأول فى أقوال الصلاة والفصل الثانى فى أفعال الصلاة

(الفصل الأول)

وفى هذا الفصل من قواعد المسائل تسع مسائل

﴿المسئلة الأولى﴾ اختلف العلماء فى التكبير على ثلاثة مذاهب فقوم قالوا ان التكبير كله واجب فى الصلاة وقوم قالوا انه كله ليس بواجب وهو شاذ وقوم أوجبوا تكبيرة الاحرام فقط وهم الجمهور * وسبب اختلاف من أوجبه كله ومن أوجب منه تكبيرة الاحرام فقط معارضة ما نقل من قوله لما نقل من فعله عليه الصلاة والسلام فأما ما نقل من قوله فحديث أبى هريرة المشهورة أن النبى عليه الصلاة والسلام قال للرجل الذى علمه الصلاة اذا أردت الصلاة فأسبغ الوضوء ثم استقبل القبلة ثم كبر ثم اقرأ فمفهوم هذا هو أن التكبيرة الاولى هى الفرض فقط ولو كان ما عدا ذلك من التكبير فرضا لذكره كما ذكر سائر فروض الصلاة وأما ما نقل من فعله فمنها حديث أبى هريرة أنه كان يصلى فيكبر كلما خفض ورفع ثم يقول انى لأشبهكم صلاة بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنها حديث مطرف بن عبد الله بن الشخير قال صليت أنا وعمران بن الحصين خلف على بن أبى طالب رضى الله عنه فكان اذا سجد كبر واذا رفع رأسه من الركوع كبر فلما قضى صلاته وانصرفنا أخذ عمران بيده فقال أذكرنى هذا صلاة محمد صلى الله عليه وسلم فالقائلون بايجابه تمسكوا بهذا العمل المنقول فى هذه الأحاديث وقالوا الأصل أن تكون كل أفعاله التى أتت بيانا للواجب محمولة على الوجوب كما قال صلى الله عليه وسلم صلوا كما رأيتمونى أصلى وخذوا عنى مناسككم وقالت الفرقة الاولى ما فى هذه الآثار يدل على

أن العمل عند الصحابة انما كان على اتمام التكبير ولذلك كان أبو هريرة يقول انى لأشبهكم بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال عمران أذكرنى هذا بصلاته صلاة محمد صلى الله عليه وسلم وأما من جعل التكبير كله نفلا فضعيف ولعله قاسه على سائر الاذكار التى فى الصلاة مما ليست بواجب اذ قاس تكبيرة الاحرام على سائر التكبيرات قال أبو عمر بن عبد البر ومما يؤيد مذهب الجمهور مارواه شعبة بن الحجاج عن الحسن بن عمران عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبزى عن أبيه قال صليت مع النبى صلى الله عليه وسلم فلم يتم التكبير وصليت مع عمر بن عبد العزيز فلم يتم التكبير وماروا أحمد بن حنبل عن عمر رضى الله عنه أنه كان لا يكبر اذا صلى وحده وكأن هؤلاء رأوا ان التكبير انما هو لمكان اشعار الامام للمأمومين بقيامه وقعوده ويشبه أن يكون الى هذا ذهب من رآه كله نفلا

﴿المسئلة الثانية﴾ قال مالك لا يجزى من لفظ التكبير الا الله أكبر وقال الشافعى الله أكبر والله الأكبر اللفظان كلاهما يجزىء وقال أبو حنيفة يجزىء من لفظ التكبير كل لفظ فى معناه مثل الله الأعظم والله الأجل * وسبب اختلافهم هل اللفظ هو المتعبد به فى الافتتاح أو المعنى وقد استدل المالكيون والشافعيون بقوله عليه الصلاة والسلام مفتاح الصلاة الطهور وتحريمها التكبير وتحليلها التسليم قالوا والألف واللام ههنا للحصر والحصر يدل على أن الحكم خاص بالمنطوق به وأنه لا يجوز بغيره وليس يوافقهم أبو حنيفة على هذا الأصل فان هذا المفهوم هو عنده من باب دليل الخطاب وهو أن يحكم للمسكوت عنه بضد حكم المنطوق به ودليل الخطاب عند أبى حنيفة غير معمول به

﴿المسئلة الثالثة﴾ ذهب قوم الى أن التوجيه فى الصلاة واجب وهو أن يقول بعد التكبير اما وجهت وجهى للذى فطر السموات والارض وهو مذهب الشافعى واما أن يسبح وهو مذهب أبى حنيفة واما أن يجمع بينهما وهو مذهب أبى يوسف صاحبه وقال مالك ليس التوجيه بواجب فى الصلاة ولا بسنة * وسبب الاختلاف معارضة الآثار الواردة بالتوجيه للعمل عند مالك أو الاختلاف فى صحة الآثار الواردة بذلك (قال القاضى) قد ثبت فى الصحيحين عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله

عليه وسلم كان يسكت بين التكبير والقراءة اسكاتة قال فقلت يارسول الله بأبى أنت وأمى اسكاتك بين التكبير والقراءة ماتقول قال أقول اللهم باعد بينى و بين خطاياى كما باعدت بين المشرق والمغرب اللهم نقنى من الخطايا كما ينقى الثوب الابيض من الدنس اللهم اغسل خطاياى بالماء والثلج والبرد وقد ذهب قوم الى استحسان سكتات كثيرة فى الصلاة منها حين يكبر وحين يفرغ من قراءة أم القرآن واذا فرغ من القراءة قبل الركوع وممن قال بهذا القول الشافعى وأبو ثور والاوزاعى وأنكر ذلك مالك وأصحابه وأبو حنيفة وأصحابه * وسبب اختلافهم اختلافهم فى تصحيح حديث أبى هريرة أنه قال كانت له عليه الصلاة والسلام سكتات فى صلاته حين يكبر و يفتتح الصلاة وحين يقرأ فاتحة الكتاب واذا فرغ من القراءة قبل الركوع

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ اختلفوا فى قراءة بسم الله الرحمن الرحيم فى افتتاح القراءة فى الصلاة فمنع ذلك مالك فى الصلاة المكتوبة جهرا كانت أوسرا لا فى استفتاح أم القرآن ولا فى غيرها من السور وأجاز ذلك فى النافلة وقال أبو حنيفة والثورى وأحمد يقرؤها مع أم القرآن فى كل ركعة سرا وقال الشافعى يقرؤها ولا بد فى الجهر جهرا وفى السر سرا وهى عنده آية من فاتحة الكتاب وبه قال أحمد وأبو ثور وأبو عبيد واختلف قول الشافعى هل هى آية من كل سورة أم انما هى آية من سورة النمل فقط ومن فاتحة الكتاب فروى عنه القولان جميعا وسبب الخلاف فى هذا آيل الى شيئين أحدهما اختلاف الآثار فى هذا الباب والثانى اختلافهم هل بسم الله الرحمن الرحيم آية من فاتحة الكتاب أم لا فأما الآثار التى احتج بها من أسقط ذلك فمنها حديث ابن مغفل قال سمعنى أبى وأنا أقرأ بسم الله الرحمن الرحيم فقال يابنى اياك والحدث فانى صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر فلم أسمع رجلا منهم يقرؤها قال أبو عمر بن عبد البر ابن مغفل رجل مجهول ومنها مارواه مالك من حديث أنس أنه قال قمت وراء أبى بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم فكلهم كان لايقرأ بسم الله اذا افتتحوا الصلاة قال أبو عمر وفى بعض الروايات أنه قام خلف النبى عليه الصلاة والسلام فكان لايقرأ بسم الله الرحمن الرحيم قال أبو عمر الا أن أهل الحديث قالوا فى حديث أنس هذا ان النقل فيه مضطرب اضطرابا لا تقوم

به حجة وذلك ان مرة روى عنه مرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم ومرة لم يرفع ومنهم من يذكر عثمان ومنهم من لايذكره ومنهم من يقول فكانوا يقرؤن بسم الله الرحمن الرحيم ومنهم من يقول فكانوا لايقرؤن بسم الله الرحمن الرحيم ومنهم من يقول فكانوا لايجهرون ببسم الله الرحمن الرحيم وأما الاحاديث المعارضة لهذا فنها حديث نعيم بن عبد الله المجمر قال صليت خلف أبي هريرة فقرأ بسم الله الرحمن الرحيم قبل أم القرآن وقبل السورة وكبر في الخفض والرفع وقال أنا أشبهكم بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنها حديث ابن عباس أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم ومنها حديث أم سلمة أنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ ببسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين فاختلاف هذه الآثار أحد ما أوجب اختلافهم في قراءة بسم الله الرحمن الرحيم في الصلاة والسبب الثاني كما قلناه وهل بسم الله الرحمن الرحيم آية من أم الكتاب وحدها أو من كل سورة أم ليست آية لامن أم الكتاب ولا من كل سورة فمن رأى انها آية من أم الكتاب أوجب قراءتها بوجوب قراءة أم الكتاب عنده في الصلاة ومن رأى انها آية من أول كل سورة وجب عنده أن يقرأها مع السورة وهذه المسئلة قد كثر الاختلاف فيها والمسئلة محتملة ولكن من أعجب ماوقع في هذه المسئلة انهم يقولون ومما اختلف فيه هل بسم الله الرحمن الرحيم آية من القرآن في غير سورة النمل أم انما هي آية من القرآن في سورة النمل فقط ويحكون على جهة الرد على الشافعي انها لو كانت من القرآن في غير سورة النمل لبينه رسول الله صلى الله عليه وسلم لأن القرآن نقل تواترا هذا الذي قاله القاضي في الرد على الشافعي وظن أنه قاطع وأما أبو حامد فانتصر لهذا بان قال انه أيضا لو كانت من غير القرآن لوجب على رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبين ذلك وهذا كله تخبط وشئ غير مفهوم فانه كيف يجوز في الآية الواحدة بعينها أن يقال فيها انها من القرآن في موضع وانها ليست من القرآن في موضع آخر بل يقال ان بسم الله الرحمن الرحيم قد ثبت انها من القرآن حيثما ذكرت وأنها آية من سورة النمل وهل هي آية من سورة أم القرآن ومن كل سورة يستفتح بها مختلف فيه والمسئلة محتملة وذلك انها في سائر السور فاتحة وهي جزء من

سورة النمل فتأمل هذا فانه بين والله أعلم

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ اتفق العلماء على أنه لا تجوز صلاة بغير قراءة لا عمدا ولا سهوا الا شيأ روى عن عمر رضى الله عنه أنه صلى فنسي القراءة فقيل له فى ذلك فقال كيف كان الركوع والسجود فقيل حسن فقال لا بأس اذا وهو حديث غريب عندهم أدخله مالك فى موطئه فى بعض الروايات والا شيأ روى عن ابن عباس أنه لا يقرأ فى صلاة السر وأنه قال قرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم فى صلوات وسكت فى أخرى فنقرأ فيما قرأ ونسكت فى سكت وسئل هل فى الظهر والعصر قراءة فقال لا وأخذ الجمهور بحديث خباب أنه صلى الله عليه وسلم كان يقرأ فى الظهر والعصر قيل فبأى شئ كنتم تعرفون ذلك قال باضطراب لحيته وتعلق الكوفيون بحديث ابن عباس فى ترك وجوب القراءة فى الركعتين الاخيرتين من الصلاة لاستواء صلاة الجهر والسر فى سكوت النبى صلى الله عليه وسلم فى هاتين الركعتين واختلفوا فى القراءة الواجبة فى الصلاة فرأى بعضهم أن الواجب من ذلك أم القرآن لمن حفظها وأن ما عداها ليس فيه توقيت ومن هؤلاء من أوجبها فى كل ركعة ومنهم من أوجبها فى أكثر الصلاة ومنهم من أوجبها فى نصف الصلاة ومهم من أوجبها فى ركعة من الصلاة وبالاول قال الشافعى وهى أشهر الروايات عن مالك وقد روى عنه انه ان قرأها فى ركعتين من الرباعية أجزأته وأما من رأى انها تجزئ فى ركعة فنهم الحسن البصرى وكثير من فقهاء البصرى وأما أبو حنيفة فالواجب عنده انما هو قراءة القرآن أى آية اتفقت أن تقرأ وحد أصحابه فى ذلك ثلاث آيات قصار أو آية طويلة مثل آية الدين وهذا فى الركعتين الأولين وأما فى الاخيرتين فيستحب عنده التسبيح فيهما دون القراءة وبه قال الكوفيون والجمهور يستحبون القراءة فيها كلها والسبب فى هذا الاختلاف تعارض الآثار فى هذا الباب ومعارضة ظاهر الكتاب للاثر أما الآثار المتعارضة فى ذلك فأحدها حديث أبى هريرة الثابت أن رجلا دخل المسجد فصلى ثم جاء فسلم على النبى عليه الصلاة والسلام فرد عليه النبى صلى الله عليه وسلم وقال ارجع فصل فانك لم تصل فصلى ثم جاء فأمره بالرجوع فعل ذلك ثلاث مرات فقال والذى بعثك بالحق ما أحسن غيره فقال عليه الصلاة والسلام اذا قمت الى الصلاة فأسبغ الوضوء ثم استقبل

القبلة فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن ثم اركع حتى تطمئن راكعا ثم ارفع حتى تعتدل قائما ثم اسجد حتى تطمئن ساجدا ثم ارفع حتى تطمئن جالسا ثم اسجد حتى تطمئن ساجدا ثم ارفع حتى تستوى قائما ثم افعل ذلك فى صلاتك كلها وأما المعارض لهذا فحديثان ثابتان متفق عليهما أحدهما حديث عبادة بن الصامت أنه عليه الصلاة والسلام قال لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب وحديث أبى هريرة أيضا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من صلى صلاة لم يقرأ فيها بأم القرآن فهى خداج فهى خداج فهى خداج ثلاثا وحديث أبى هريرة المتقدم ظاهره أنه يجزىء من القراءة فى الصلاة ما تيسر من القرآن وحديث عبادة وحديث أبى هريرة الثانى يقتضيان ان أم القرآن شرط فى الصلاة وظاهر قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر منه يعضد حديث أبى هريرة المتقدم والعلماء المختلفون فى هذه المسئلة اما أن يكونوا ذهبوا فى تأويل هذه الاحاديث مذهب الجمع واما أن يكونوا ذهبوا مذهب الترجيح وعلى كلا القولين يتصوّر هذا المعنى وذلك انه من ذهب مذهب من أوجب قراءة ما تيسر من القرآن له أن يقول هذا أرجح لأن ظاهر الكتاب يوافقه وله أن يقول على طريق الجمع انه يمكن ان يكون حديث عبادة المقصود به نفى الكمال لا نفى الاجزاء وحديث أبى هريرة المقصود منه الاعلام بالمجزىء من القراءة اذ كان المقصود منه تعليم فرائض الصلاة ولاولئك أيضا أن يذهبوا هذين المذهبين بأن يقولوا هذه الأحاديث أوضح لانها أكثر وأيضا فان حديث أبى هريرة المشهور يعضده وهو الحديث الذى فيه يقول الله تعالى قسمت الصلاة بينى و بين عبدى نصفين نصفها لى ونصفها لعبدى ولعبدى ما سأل يقول العبد الحمد لله رب العالمين يقول الله حمدنى عبدى الحديث ولهم أن يقولوا أيضا ان قوله عليه الصلاة والسلام ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن مبهم والاحاديث الأخر معينة والمعين يقضى على المبهم وهذا فيه عسر فان معنى حرف ما ههنا انما هو معنى أى شئ تيسر وانما يسوغ هذا ان دلت ما فى كلام العرب على ما تدل عليه لام العهد فكان يكون تقدير الكلام اقرأ الذى تيسر معك من القرآن ويكون المفهوم منه أم الكتاب اذ كانت الالف واللام فى الذى تدل على العهد فينبغى أن يتأمل هذا فى كلام العرب فان وجدت العرب تفعل هذا أعنى

تجوز فى موطن مّا فتدل بما على شئ معين فليسغ هذا التأويل والا فلا وجه له فالمسئلة كما ترى محتملة وانما كان يرتفع الاحتمال لو ثبت النسخ وأما الاختلاف من أوجب أم الكتاب فى الصلاة فى كل ركعة أو فى بعض الصلاة فسببه احتمال عودة الضمير الذى فى قوله عليه الصلاة والسلام لم يقرأ فيها بأم القرآن على كل أجزاء الصلاة أو على بعضها وذلك ان من قرأ فى الكل منها أو فى الجزء أعنى فى ركعة أو ركعتين لم يدخل تحت قوله عليه الصلاة والسلام لم يقرأ فيها وهذا الاحتمال بعينه هو الذى أصار أبا حنيفة الى ان يترك القراءة أيضا فى بعض الصلاة أعنى فى الركعتين الأخيرتين واختار مالك ان يقرأ فى الركعتين الأوليين من الرباعية بالحمد وسورة وفى الاخيرتين بالحمد فقط واختار الشافعى أن يقرأ فى الاربع من الظهر بالحمد وسورة الا ان السورة التى تقرأ فى الأوليين تكون أطول فذهب مالك الى حديث أبى قتادة الثابت انه عليه الصلاة والسلام كان يقرأ فى الأوليين من الظهر والعصر بفاتحة الكتاب وسورة وفى الاخريين منها بفاتحة الكتاب فقط وذهب الشافعى الى ظاهر حديث أبى سعيد الثابت أيضا انه كان يقرأ فى الركعتين الأوليين من الظهر قدر ثلاثين آية وفى الأخريين قدر خمس عشرة آية ولم يختلفوا فى العصر لاتفاق الحديثين فيها وذلك ان فى حديث أبى سعيد هذا انه كان يقرأ فى الأوليين من العصر قدر خمس عشرة آية وفى الأخريين قدر النصف من ذلك

﴿ المسئلة السادسة ﴾ اتفق الجمهور على منع قراءة القرآن فى الركوع والسجود لحديث علىّ فى ذلك قال نهانى جبريل صلى الله عليه وسلم أن أقرأ القرآن راكعا وساجدا قال الطبرى وهو حديث صحيح وبه أخذ فقهاء الامصار وصار قوم من التابعين الى جواز ذلك وهو مذهب البخارى لانه لم يصح الحديث عنده والله أعلم واختلفوا هل فى الركوع والسجود قول محدود يقوله المصلى أم لا فقال مالك ليس فى ذلك قول محدود وذهب الشافعى وأبو حنيفة وأحمد وجماعة غيرهم الى أن المصلى يقول فى ركوعه سبحان ربى العظيم ثلاثا وفى السجود سبحان ربى الأعلى ثلاثا على ما جاء فى حديث عقبة بن عامر وقال الثورى أحب الىّ أن يقولها الامام خمسا فى صلاته حتى يدرك الذى خلفه ثلاث تسبيحات والسبب فى هذا الاختلاف معارضة حديث

ابن عباس فى هذا الباب لحديث عقبة بن عامر وذلك ان فى حديث ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام قال ألا وانى نهيت أن أقرأ القرآن راكعا أو ساجدا فاما الركوع فعظموا فيه الرب وأما السجود فاجتهدوا فيه فى الدعاء فقمن أن يستجاب لكم وفى حديث عقبة بن عامر انه قال لما نزلت فسبح باسم ربك العظيم قال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم اجعلوها فى ركوعكم ولما نزلت سبح اسم ربك الاعلى قال اجعلوها فى سجودكم وكذلك اختلفوا فى الدعاء فى الركوع بعد اتفاقهم على جواز الثناء على الله فكره ذلك مالك لحديث على أنه قال عليه الصلاة والسلام أما الركوع فعظموا فيه الرب وأما السجود فاجتهدوا فيه فى الدعاء وقالت طائفة يجوز الدعاء فى الركوع واحتجوا بأحاديث جاء فيها أنه عليه الصلاة والسلام دعا فى الركوع وهو مذهب البخارى واحتج بحديث عائشة قالت كان النبى عليه الصلاة والسلام يقول فى ركوعه وسجوده سبحانك اللهم ربنا وبحمدك اللهم اغفرلى وأبو حنيفة لا يجيز الدعاء فى الصلاة بغير ألفاظ القرآن ومالك والشافعى يجيزان ذلك والسبب فى ذلك اختلافهم فيه هل هو كلام أم لا

﴿المسئلة السابعة﴾ اختلفوا فى وجوب التشهد وفى المختار منه فذهب مالك وأبو حنيفة وجماعة الى ان التشهد ليس بواجب وذهبت طائفة الى وجوبه وبه قال الشافعى وأحمد وداود وسبب اختلافهم معارضة القياس لظاهر الاثر وذلك ان القياس يقتضى الحاقه بسائر الاركان التى ليست بواجبة فى الصلاة لاتفاقهم على وجوب القرآن وأن التشهد ليس بقرآن فيجب وحديث ابن عباس انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن يقتضى وجوبه مع ان الاصل عند هؤلاء ان أفعاله وأقواله فى الصلاة يجب أن تكون محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على خلاف ذلك والاصل عند غيرهم على خلاف هذا وهو أن ما ثبت وجوبه فى الصلاة مما اتفق عليه أو صرح بوجوبه فلا يجب أن يلحق به الا ما صرح به ونص عليه فهما كما ترى أصلان متعارضان وأما المختار من التشهد فان مالكا رحمه الله اختار تشهد عمر رضى الله عنه الذى كان يعلم الناس على المنبر وهو التحيات لله الزاكيات لله الطيبات الصلوات لله السلام عليك أيها النبى ورحمة الله وبركاته السلام

علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا اله الا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمدا عبده ورسوله واختار اهل الكوفة ابو حنيفة وغيره تشهد عبد الله بن مسعود قال ابو عمر وبه قال اجدوا كثر اهل الحديث لثبوت نقله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله واختار الشافعي واصحابه تشهد عبد الله بن عباس الذي رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن فكان يقول التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله وسبب اختلافهم اختلاف ظنونهم في الارجح منها فمن غلب على ظنه رجحان حديث ما من هذه الاحاديث الثلاثة مال اليه وقد ذهب كثير من الفقهاء الى أن هذا كله على التخيير كالأذان والتكبير على الجنائز وفي العيدين وفي غير ذلك مما تواتر نقله وهو الصواب والله أعلم وقد اشترط الشافعي الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في التشهد وقال انها فرض لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه وسلموا تسليما) ذهب الى أن هذا التسليم هو التسليم من الصلاة وذهب الجمهور الى أنه التسليم الذي يؤتى به عقب الصلاة عليه وذهب قوم من أهل الظاهر الى أنه واجب أن يتعوذ المتشهد من الاربع التي جاءت في الحديث من عذاب القبر ومن عذاب جهنم ومن فتنة المسيح الدجال ومن فتنة المحيا والممات لانه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتعوذ منها في آخر تشهده وفي بعض طرقه اذا فرغ أحدكم من التشهد الأخير فليتعوذ من أربع الحديث خرجه مسلم

﴿ المسألة الثامنة ﴾ اختلفوا في التسليم من الصلاة فقال الجمهور بوجوبه وقال أبو حنيفة وأصحابه ليس بواجب والذين أوجبوه منهم من قال الواجب على المنفرد والامام تسليمة واحدة ومنهم من قال اثنتان فذهب الجمهور مذهب ظاهر حديث عليّ وهو قوله عليه الصلاة والسلام فيه وتحليلها التسليم ومن ذهب الى أن الواجب من ذلك تسليمتان فلما ثبت من انه عليه الصلاة والسلام كان يسلم تسليمتين وذلك عند

من حمل فعله على الوجوب واختار مالك للمأموم تسليمتين وللامام واحدة وقد قيل عنه ان المأموم يسلم ثلاثا الواحدة للتحليل والثانية للامام والثالثة لمن هو عن يساره وأما ابو حنيفة فذهب الى مارواه عبد الرحمن بن زياد الافريقى أن عبد الرحمن بن رافع و بكر بن سوادة حدثاه عن عبد الله بن عمرو بن العاصى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا جلس الرجل فى آخر صلاته فأحدث قبل أن يسلم فقد تمت صلاته قال أبو عمر بن عبد البر وحديث على المتقدم أثبت عند أهل النقل لأن حديث عبد الله ابن عمرو بن العاصى انفرد به الافريقى وهو عند أهل النقل ضعيف (قال القاضى) ان كان أثبت من طريق النقل فانه محتمل من طريق اللفظ وذلك انه ليس يدل على أن الخروج من الصلاة لا يكون بغير التسليم الا بضرب من دليل الخطاب وهو مفهوم ضعيف عند الاكثر ولكن للجمهور أن يقولوا ان الالف واللام التى للحصر أقوى من دليل الخطاب فى كون حكم المسكوت عنه بضد حكم المنطوق به

﴿ المسئلة التاسعة ﴾ اختلفوا فى القنوت فذهب مالك الى أن القنوت فى صلاة الصبح مستحب وذهب الشافعى الى أنه سنة وذهب أبو حنيفة الى أنه لا يجوز القنوت فى صلاة الصبح و ن القنوت انما موضعه الوتر وقال قوم بل يقنت فى كل صلاة وقال قوم لا قنوت الا فى رمضان وقال قوم بل فى النصف الاخير منه وقال قوم بل فى النصف الاول والسبب فى ذلك اختلاف الآثار المنقولة فى ذلك عن النبى صلى الله عليه وسلم وقياس بعض الصلوات فى ذلك على بعض أعنى التى قنت فيها على التى لم يقنت فيها قال أبو عمر بن عبد البر والقنوت بلعن الكفرة فى رمضان مستفيض فى الصدر الاول اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم فى دعائه على رعل وذكوان والنفر الذين قتلوا أصحاب بئر معونة وقال الليث بن سعد ماقنت منذ أربعين عاما أو خمسة وأربعين عاما الاوراء امام يقنت قال الليث وأخذت فى ذلك بالحديث الذى جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قنت شهرا أو أربعين يدعو لقوم ويدعو على آخرين حتى أنزل الله تبارك وتعالى عليه معاتبا (ليس لك من الأمر شئ أو يتوب عليهم أو يعذبهم فانهم ظالمون) فترك رسول الله صلى الله عليه وسلم القنوت فما قنت بعدها حتى لقى الله قال فمنذ جاءت هذا الحديث لم أقنت وهو مذهب يحى بن يحى (قال القاضى) ولقد

حدثنى الاشياخ انه كان العمل عليه بمسجده عندنا بقرطبة وانه استمر الى زماننا أوقريب من زماننا وخرج مسلم عن أبى هريرة أن النبى عليه الصلاة والسلام قنت فى صلاة الصبح ثم بلغنا أنه ترك ذلك لما نزلت (ليس لك من الامر شئ أو يتوب عليهم) وخرج عن أبى هريرة أنه قنت فى الظهر والعشاء الاخيرة وصلاة الصبح وخرج عنه عليه الصلاة والسلام أنه قنت شهرا فى صلاة الصبح يدعو على بنى عصية واختلفوا فيما يقنت به فاستحب مالك القنوت باللهم انا نستعينك ونستغفرك ونستهديك ونؤمن بك ونخنع لك ونخلع ونترك من يكفرك اللهم اياك نعبد ولك نصلى ونسجد واليك نسعى ونحفد نرجو رحمتك ونخاف عذابك ان عذابك بالكافرين ملحق ويسميها أهل العراق السورتين ويروى أنها فى مصحف أبى ابن كعب وقال الشافعى واسحق بل يقنت باللهم اهدنا فيمن هديت وعافنا فيمن عافيت وقنا شر ما قضيت انك تقضى ولا يقضى عليك تباركت ربنا وتعاليت وهذا يرويه الحسن بن على من طرق ثابتة أن النبى عليه الصلاة والسلام علمه هذا الدعاء يقنت به فى الصلاة وقال عبد الله بن داود من لم يقنت بالسورتين فلا يصلى خلفه وقال قوم ليس فى القنوت شئ موقوت

(الفصل الثانى)

فى الافعال التى هى أركان وفى هذا الفصل من قواعد المسائل ثمانى مسائل

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلف العلماء فى رفع اليدين فى الصلاة فى ثلاثة مواضع أحدها فى حكمه والثانى فى المواضع التى يرفع فيها من الصلاة والثالث الى أين ينتهى برفعها فأما الحكم فذهب الجهور الى أنه سنة فى الصلاة وذهب داود وجماعة من أصحابه الى أن ذلك فرض وهؤلاء انقسموا أقساما فنهم من أوجب ذلك فى تكبيرة الاحرام فقط ومنهم من أوجب ذلك فى الاستفتاح وعند الركوع أعنى عند الانحطاط فيه وعند الارتفاع منه ومنهم من أوجب ذلك فى هذين الموضعين وعند السجود وذلك بحسب اختلافهم فى المواضع التى يرفع فيها وسبب اختلافهم معارضة ظاهر حديث أبى هريرة الذى فيه تعليم فرائض الصلاة لفعله عليه الصلاة والسلام وذلك ان حديث أبى هريرة انما فيه انه قال له وكبر ولم يأمره برفع يديه وثبت عنه عليه

الصلاة والسلام من حديث ابن عمر وغيره انه كان يرفع يديه اذا افتتح الصلاة وأما اختلافهم فى المواضع التى ترفع فيها فذهب أهل الكوفة أبو حنيفة وسفيان الثورى وسائر فقهائهم الى انه لا يرفع المصلى يديه الا عند تكبيرة الاحرام فقط وهى رواية ابن القاسم عن مالك وذهب الشافعى وأبو عبيد وأبو ثور وجمهور أهل الحديث وأهل الظاهر الى الرفع عند تكبيرة الاحرام وعند الركوع وعند الرفع من الركوع وهو مروى عن مالك الا انه عند أولئك فرض وعند مالك سنة وذهب بعض أهل الحديث الى رفعها عند السجود وعند الرفع منه والسبب فى هذا الاختلاف كله اختلاف الآثار الواردة فى ذلك ومخالفة العمل بالمدينة لبعضها وذلك ان فى ذلك أحاديث أحدها حديث عبد الله بن مسعود وحديث البراء بن عازب انه كان عليه الصلاة والسلام يرفع يديه عند الاحرام مرة واحدة لا يزيد عليها والحديث الثانى حديث ابن عمر عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه واذا رفع رأسه من الركوع رفعهما أيضا كذلك وقال سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد وكان لا يفعل ذلك فى السجود وهو حديث متفق على صحته وزعموا انه روى ذلك عن النبى صلى الله عليه وسلم ثلاثة عشر رجلا من أصحابه والحديث الثالث حديث وائل ابن حجر وفيه زيادة على ما فى حديث عبد الله بن عمر أنه كان يرفع يديه عند السجود فمن حمل الرفع ههنا على انه ندب أو فريضة فمنهم من اقتصر به على الاحرام فقط ترجيحا لحديث عبد بن مسعود وحديث البراء بن عازب وهو مذهب مالك لموافقة العمل به ومنهم من رجح حديث عبد الله بن عمر فرأى الرفع فى الموضعين أعنى فى الركوع وفى الافتتاح لشهرته واتفق الجميع عليه ومن كان رأيه من هؤلاء ان الرفع فريضة حمل ذلك على الفريضة ومن كان من رأيه أنه ندب حمل ذلك على الندب ومنهم من ذهب مذهب الجمع وقال انه يجب أن تجمع هذه الزيادات بعضها الى بعض على ما فى حديث وائل بن حجر فاذا العلماء ذهبوا فى هذه الآثار مذهبين اما مذهب الترجيح واما مذهب الجمع والسبب فى اختلافهم فى حمل رفع اليدين فى الصلاة هل هو على الندب او على الفرض هو السبب الذى قلناه قبل من ان بعض الناس يرى ان الاصل فى فعاله صلى الله عليه وسلم ان تحمل على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك ومنهم من

يرى ان الاصل ألا يزاد فيما صح بدليل واضح من قول ثابت أو اجماع انه من فرائض الصلاة الا بدليل واضح وقد تقدم هذا من قولنا ولا معنى لتكرير الشئ الواحد مرات كثيرة وأما الحد الذى ترفع اليه اليدان فذهب بعضهم الى أنه المنكبان وبه قال مالك والشافعي وجماعة وذهب بعضهم الى رفعهما الى الاذنين وبه قال أبو حنيفة وذهب بعضهم الى رفعهما الى الصدر وكل ذلك مروى عن النبى صلى الله عليه وسلم الا ان أثبت ما فى ذلك انه كان يرفعهما حذو منكبيه وعليه الجمهور والرفع الى الاذنين أثبت من الرفع الى الصدر وأشهر

﴿ المسئلة الثانية ﴾ ذهب أبو حنيفة الى أن الاعتدال من الركوع وفى الركوع غير واجب وقال الشافعي هو واجب واختلف أصحاب مالك هل ظاهر مذهبه يقتضى أن يكون سنة أو واجبا اذ لم ينقل عنه نص فى ذلك والسبب فى اختلافهم هل الواجب الاخذ ببعض ما ينطلق عليه الاسم أم بكل ذلك الشئ الذى ينطلق عليه الاسم فمن كان الواجب عنده الاخذ ببعض ما ينطلق عليه الاسم لم يشترط الاعتدال فى الركوع ومن كان الواجب عنده الاخذ بالكل اشترط الاعتدال وقد صح عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال فى الحديث المتقدم للرجل الذى علمه فروض الصلاة اركع حتى تطمئن راكعا وارفع حتى تطمئن رافعا فالواجب اعتقاد كونه فرضا وعلى هذا الحديث عول كل من رأى ان الأصل ألا تحمل أفعاله عليه الصلاة والسلام فى سائر أفعال الصلاة مما لم ينص عليها فى هذا الحديث على الوجوب حتى يدل الدليل على ذلك ومن قبل هذا لم ير وارفع اليدين فرضا ولا ما عدا تكبيرة الاحرام والقراءة من الاقاويل التى فى الصلاة فتأمل هذا فانه أصل مناقض للاصل الأول وهو سبب الخلاف فى أكثر هذه المسائل

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلف الفقهاء فى هيئة الجلوس فقال مالك وأصحابه يفضى بأليتيه الى الأرض وينصب رجله اليمنى ويثنى اليسرى وجلوس المرأة عنده كجلوس الرجل وقال أبو حنيفة وأصحابه ينصب الرجل اليمنى ويقعد على اليسرى وفرق الشافعي بين الجلسة الوسطى والأخيرة فقال فى الوسطى بمثل قول أبى حنيفة وفى الأخيرة بمثل قول مالك وسبب اختلافهم فى ذلك تعارض الآثار وذلك ان فى ذلك ثلاثة آثار أحدها

وهو ثابت باتفاق حديث أبي حميد الساعدي الوارد في وصف صلاته عليه الصلاة والسلام وفيه واذا جلس في الركعتين جلس على رجله اليسرى ونصب اليمنى واذا جلس في الركعة الاخيرة قدم رجله اليسرى ونصب اليمنى وقعد على مقعدته والثاني حديث وائل بن حجر وفيه أنه كان اذا قعد في الصلاة نصب اليمنى وقعد على اليسرى والثالث مارواه مالك عن عبدالله بن عمر انه قال انما سنة الصلاة أن تنصب رجلك اليمنى وتثني اليسرى وهو يدخل في المسند لقوله فيه انما سنة الصلاة وفي روايته عن القاسم بن محمد انه أراهم الجلوس في التشهد فنصب رجله اليمنى وثني اليسرى وجلس على وركه الايسر ولم يجلس على قدمه ثم قال أراني هذا عبيدالله بن عبدالله بن عمر وحدثني ان أباه كان يفعل ذلك فذهب مالك مذهب الترجيح لهذا الحديث وذهب أبو حنيفة مذهب الترجيح لحديث وائل وذهب الشافعي مذهب الجمع على حديث أبي حميد وذهب الطبري مذهب التخيير وقال هذه الهيآت كلها جائزة وحسن فعلها لثبوتها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو قول حسن فان الافعال المختلفة أولى ان تحمل على التخيير منها على التعارض وانما يتصوّر التعارض أكثر ذلك في الفعل مع القول أو في القول مع القول

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ اختلف العلماء في الجلسة الوسطى والاخيرة فذهب الاكثر في الوسطى الى انها سنة وليست بفرض وشذ قوم فقالوا انها فرض وكذلك ذهب الجمهور في الجلسة الأخيرة الى أنها فرض وشذ قوم فقالوا انها ليست بفرض والسبب في اختلافهم هو تعارض مفهوم الاحاديث وقياس احدى الجلستين على الثانية وذلك ان في حديث أبي هريرة المتقدم اجلس حتى تطمئن جالسا فوجب الجلوس على ظاهر هذا الحديث في الصلاة كلها فمن أخذ بهذا قال ان الجلوس كله فرض ولما جاء في حديث ابن بحينة الثابت أنه عليه الصلاة والسلام أسقط الجلسة الوسطى ولم يجبرها وسجد لها وثبت عنه أنه أسقط ركعتين لجبرهما وكذلك ركعة فهم الفقهاء من هذا الفرق بين حكم الجلسة الوسطى وحكم الركعة وكانت عندهم الركعة فرضا باجماع فوجب ألا تكون الجلسة الوسطى فرضا فهذا هو الذي أوجب ان فرق الفقهاء بين الجلستين ورأوا ان سجود السهو انما يكون للسنن دون الفرض ومن رأى انها

فرض قال السجود للجلسة الوسطى شئ يخصها دون سائر الفرائض وليس فى ذلك دليل على انها ليست بفرض وأما من ذهب الى انهما كليهما سنة فقاس الجلسة الاخيرة على الوسطى بعد ان اعتقد فى الوسطى بالدليل الذى اعتقد به الجمهور انها سنة فاذا السبب فى اختلافهم هو فى الحقيقة آيل الى معارضة الاستدلال لظاهر القول أو ظاهر الفعل فان من الناس أيضا من اعتقد ان الجلستين كليهما فرض من جهة ان أفعاله عليه الصلاة والسلام عنده الاصل فيها أن تكون فى الصلاة محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك على ما تقدم فاذن الأصلان جميعا يقتضيان ههنا ان الجلوس الاخير فرض ولذلك عليه أكثر الجمهور من غير أن يكون له معارض الا القياس وأعنى بالاصلين القول والعمل ولذلك أضعف الاقاويل من رأى ان الجلستين سنة والله أعلم وثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه كان يضع كفه اليمنى على ركبته اليمنى وكفه اليسرى على ركبته اليسرى و يشير بأصبعه واتفق العلماء على أن هذه الهيئة من هيئة الجلوس المستحسنة فى الصلاة واختلفوا فى تحريك الاصابع لاختلاف الاثر فى ذلك والثابت انه كان يشير فقط

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ اختلف العلماء فى وضع اليدين احداهما على الاخرى فى الصلاة فكره ذلك مالك فى الفرض وأجازه فى النفل ورأى قوم ان هذا الفعل من سنن الصلاة وهم الجمهور والسبب فى اختلافهم انه قد جاءت آثار ثابتة نقلت فيها صفة صلاته عليه الصلاة والسلام ولم ينقل فيها انه كان يضع يده اليمنى على اليسرى وثبت أيضا ان الناس كانوا يؤمرون بذلك وورد ذلك أيضا من صفة صلاته عليه الصلاة والسلام فى حديث أبى حميد فرأى قوم ان الآثار التى أثبتت ذلك اقتضت زيادة على الآثار التى لم تنقل فيها هذه الزيادة وان الزيادة يجب أن يصار اليها ورأى قوم ان الاوجب المصير الى الآثار التى ليس فيها هذه الزيادة لانها أكثر ولكون هذه ليست مناسبة لافعال الصلاة وانما هى من باب الاستعانة ولذلك أجازها مالك فى النفل ولم يجزها فى الفرض وقد يظهر من أمرها انها هيئة تقتضى الخضوع وهو الاولى بها

﴿ المسئلة السادسة ﴾ اختار قوم اذا كان الرجل فى وتر فى صلاته ألا ينهض حتى

يستوى قاعدا واختار آخرون أن ينهض من سجوده نفسه وبالاول قال الشافعى وجماعة وبالثانى قال مالك وجماعة وسبب الخلاف ان فى ذلك حديثين مختلفين أحدهما حديث مالك بن الحويرث الثابت أنه رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى فاذا كان فى وتر من صلاته لم ينهض حتى يستوى قاعدا وفى حديث أبى حميد فى صفة صلاته عليه الصلاة والسلام انه لما رفع رأسه من السجدة الثانية من الركعة الاولى قام ولم يتورك فأخذ بالحديث الاول الشافعى وأخذ بالثانى مالك وكذلك اختلفوا اذا سجد هل يضع يديه قبل ركبتيه أو ركبتيه قبل يديه ومذهب مالك وضع الركبتين قبل اليدين وسبب اختلافهم ان فى حديث ابن حجر قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سجد وضع ركبتيه قبل يديه واذا نهض رفع يديه قبل ركبتيه وعن أبى هريرة أن النبى عليه الصلاة والسلام قال اذا سجد أحدكم فلا يبرك كما يبرك البعير وليضع يديه قبل ركبتيه وكان عبد الله بن عمر يضع يديه قبل ركبتيه وقال بعض أهل الحديث حديث وائل بن حجر أثبت من حديث أبى هريرة

﴿ المسئلة السابعة ﴾ اتفق العلماء على ان السجود يكون على سبعة أعضاء الوجه واليدين والركبتين وأطراف القدمين لقوله عليه الصلاة والسلام أمرت أن أسجد على سبعة أعضاء واختلفوا فيمن سجد على وجهه ونقصه السجود على عضو من تلك الاعضاء هل تبطل صلاته أم لا فقال قوم لا تبطل صلاته لان اسم السجود انما يتناول الوجه فقط وقال قوم تبطل ان لم يسجد على السبعة الاعضاء للحديث الثابت ولم يختلفوا ان من سجد على جبهته وأنفه فقد سجد على وجهه واختلفوا فيمن سجد على أحدهما فقال مالك ان سجد على جبهته دون أنفه جاز وان سجد على أنفه دون جبهته لم يجز وقال أبو حنيفة بل يجوز ذلك وقال الشافعى لا يجوز الا أن يسجد عليهما جميعا وسبب اختلافهم هل الواجب هو امتثال بعض ما ينطلق عليه الاسم أم كله وذلك ان فى حديث النبى عليه الصلاة والسلام الثابت عن ابن عباس أمرت أن أسجد على سبعة أعضاء فذكر منها الوجه فمن رأى ان الواجب هو بعض ما ينطلق عليه الاسم قال ان سجد على الجبهة أو الانف أجزأه ومن رأى ان اسم السجود يتناول من سجد على الجبهة ولا يتناول من سجد على الانف أجاز السجود على الجبهة

دون الانف وهذا كأنه تحديد للبعض الذى امتثاله هو الواجب مما ينطلق عليه الاسم وكان هذا على مذهب من يفرق بين أبعاض الشئ فرأى ان بعضها يقوم فى امتثاله مقام الوجوب وبعضها لا يقوم مقامه فتأمل هذا فانه أصل فى هذا الباب والا جاز لقائل أن يقول انه ان مس من أنفه الارض مثقال خردلة تم سجوده وأما من رأى ان الواجب هو امتثال كل ما ينطلق عليه الاسم فالواجب عنده أن يسجد على الجبهة والانف والشافعى يقول ان هذا الاحتمال الذى من قبل اللفظ قد أزاله فعله عليه الصلاة والسلام وبينه فانه كان يسجد على الانف والجبهة لما جاء من انه انصرف من صلاة من الصلوات وعلى جبهته وأنفه أثر الطين والماء فوجب أن يكون فعله مفسرا للحديث المجمل قال أبو عمر بن عبد البر وقد ذكر جماعة من الحفاظ حديث ابن عباس فذكروا فيه الانف والجبهة (قال القاضى) أبو الوليد وذكر بعضهم الجبهة فقط وكلا الروايتين فى كتاب مسلم وذلك حجة لمالك واختلفوا أيضا هل من شرط السجود أن تكون يد الساجد بارزة وموضوعة على الذى يوضع عليه الوجه أم ليس ذلك من شرطه فقال مالك ذلك من شرط السجود أحسبه شرط تمامه وقالت جماعة ذلك من شرط السجود ومن هذا الباب اختلافهم فى السجود على طاقات العمامة وللناس فيه ثلاثة مذاهب قول بالمنع وقول بالجواز وقول بالفرق بين أن يسجد على طاقات يسيرة من العمامة أو كثيرة وقول بالفرق بين أن يمس من جبهته الارض شئ أو لا يمس منها شئ وهذا الاختلاف كله موجود فى المذهب وعند فقهاء الامصار وفى البخارى كانوا يسجدون على القلانس والعمائم واحتج من لم ير ابراز اليدين فى السجود بقول ابن عباس أمر النبى صلى الله عليه وسلم ان نسجد على سبعة أعضاء ولا نكفت ثوبا ولا شعرا وقياسا على الركبتين وعلى الصلاة فى الخفين ويمكن أن يحتج بهذا العموم فى السجود على العمامة

﴿ المسئلة الثامنة ﴾ اتفق العلماء على كراهية الاقعاء فى الصلاة لما جاء فى الحديث من النهى أن يقعى الرجل فى صلاته كما يقعى الكلب الا انهم اختلفوا فيما يدل عليه الاسم فبعضهم رأى ان الاقعاء المنهى عنه هو جلوس الرجل على أليتيه فى الصلاة ناصبا فخذيه مثل اقعاء الكلب والسبع ولا خلاف بينهم ان هذه الهيئة ليست من

هيآت الصلاة وقوم رأوا ان معنى الاقعاء الذى نهى عنه هو أن يجعل أليتيه على عقبيه بين السجدتين وان يجلس على صدور قدميه وهو مذهب مالك لما روى عن ابن عمر انه ذكر انه انما كان يفعل ذلك لانه كان يشتكى قدميه وأما ابن عباس فكان يقول الاقعاء على القدمين فى السجود على هذه الصفة هو سنة نبيكم خرجه مسلم وسبب اختلافهم هو تردد اسم الاقعاء المنهى عنه فى الصلاة بين أن يدل على المعنى اللغوى أو يدل على معنى شرعى أعنى على هيئة خصها الشرع بهذا الاسم فمن رأى انه يدل على المعنى اللغوى قال هو اقعاء الكلب ومن رأى انه يدل على معنى شرعى قال انما أريد بذلك احدى هيآت الصلاة المنهى عنها ولما ثبت عن ابن عمر ان قعود الرجل على صدور قدميه ليس من سنة الصلاة سبق الى اعتقاده ان هذه الهيئة هى التى أريد بالاقعاء المنهى عنه وهذا ضعيف فان الاسماء التى لم تثبت لها معان شرعية يجب أن تحمل على المعنى اللغوى حتى يثبت لها معنى شرعى بخلاف الامر فى الاسماء التى تثبت لها معان شرعية أعنى أنه يجب أن يحمل على المعانى الشرعية حتى يدل الدليل على المعنى اللغوى مع انه قد عارض حديث ابن عمر فى ذلك حديث ابن عباس

(الباب الثانى من الجملة الثالثة)

وهذا الباب الكلام المحيط بقواعده فيه فصول سبعة أحدها فى معرفة حكم صلاة الجماعة والثانى فى معرفة شروط الامامة ومن أولى بالتقديم وأحكام الامام الخاصة به الثالث فى مقام المأموم من الامام والاحكام الخاصة بالمأمومين الرابع فى معرفة ما يتبع فيه المأموم الامام مما ليس يتبعه الخامس فى صفة الاتباع السادس فيما يحمله الامام عن المأمومين السابع فى الاشياء اذا فسدت لها صلاة الامام يتعدى الفساد الى المأمومين

(الفصل الاول)

وفى هذا الفصل مسئلتان احداهما هل صلاة الجماعة واجبة على من سمع النداء

أم ليست بواجبة المسئلة الثانية اذا دخل الرجل المسجد وقد صلى هل يجب عليه أن يصلي مع الجماعة الصلاة التي قد صلاها أم لا

﴿ المسئلة الاولى ﴾ فان العلماء اختلفوا فيها فذهب الجمهور الى أنها سنة أو فرض على الكفاية وذهبت الظاهرية الى ان صلاة الجماعة فرض متعين على كل مكلف والسبب في اختلافهم تعارض مفهومات الآثار في ذلك وذلك ان ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام صلاة الجماعة تفضل صلاة الفذ بخمس وعشرين درجة أو بسبع وعشرين درجة يعطى ان الصلاة في الجماعات من جنس المندوب اليه وكأنها كمال زائد على الصلاة الواجبة فكأنه قال عليه الصلاة والسلام صلاة الجماعة أكمل من صلاة المنفرد والكمال انما هو شيء زائد على الاجزاء وحديث الاعمى المشهور حين استأذنه في التخلف عن صلاة الجماعة لانه لا قائد له فرخص له في ذلك ثم قال له عليه الصلاة والسلام أتسمع النداء قال نعم قال لا أجد لك رخصة هو كالنص في وجوبها مع عدم العذر خرجه مسلم ومما يقوى هذا حديث أبي هريرة المتفق على صحته وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال والذي نفسي بيده لقد هممت أن آمر بحطب فيحطب ثم آمر بالصلاة فيؤذن لها ثم آمر رجلا فيؤم الناس ثم أخالف الى رجال فأحرق عليهم بيوتهم والذي نفسي بيده لو يعلم أحدهم انه يجد عظما سمينا أو مرماتين حسنتين لشهد العشاء وحديث ابن مسعود وقال فيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم علمنا سنن الهدى وان من سنن الهدى الصلاة في المسجد الذي يؤذن فيه وفي بعض رواياته ولو تركتم سنة نبيكم لضللتم فسلك كل واحد من هذين الفريقين مسلك الجمع بتأويل حديث مخالفه وصرفه الى ظاهر الحديث الذي تمسك به فأما أهل الظاهر فانهم قالوا ان المفاضلة لا يمتنع أن تقع في الواجبات أنفسها أي ان صلاة الجماعة في حق من فرضه صلاة الجماعة تفضل صلاة المنفرد في حق من سقط عنه وجوب صلاة الجماعة لمكان العذر بتلك الدرجات المذكورة قالوا وعلى هذا فلا تعارض بين الحديثين واحتجوا لذلك بقوله عليه الصلاة والسلام صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم وأما أولئك فزعموا انه يمكن أن يحمل حديث الاعمى على نداء يوم الجمعة اذ ذلك هو النداء الذي يجب على من سمعه

الاتيان اليه باتفاق وهذا فيه بعد والله أعلم لان نص الحديث هو أن أبا هريرة قال أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل أعمى فقال يارسول الله انه ليس لى قائد يقودنى الى المسجد فسأل رسول الله أن يرخص له فيصلى فى بيته فرخص له فلما ولى دعاه فقال هل تسمع النداء بالصلاة فقال نعم قال فأجب وظاهر هذا يبعد أن يفهم منه نداء الجمعة مع ان الاتيان الى صلاة الجمعة واجب على من كان فى المصر وان لم يسمع النداء ولا أعرف فى ذلك خلافا وعارض هذا الحديث أيضا حديث عتبان بن مالك المذكور فى الموطأ وفيه ان عتبان بن مالك كان يؤم وهو أعمى وانه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه تكون الظلمة والمطر والسيل وأنا رجل ضرير البصر فصل يارسول الله فى بيتى مكانا أتخذه مصلى فجاءه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أين تحب أن أصلى فأشار له الى مكان من البيت فصلى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ فان الذى دخل المسجد وقد صلى لا يخلو من أحد وجهين اما أن يكون صلى منفردا واما أن يكون صلى فى جماعة فان كان صلى منفردا فقال قوم يعيد معهم كل الصلوات الا المغرب فقط وممن قال بهذا القول مالك وأصحابه وقال أبو حنيفة يعيد الصلوات كلها الا المغرب والعصر وقال الاوزاعى الا المغرب والصبح وقال أبو ثور الا العصر والفجر وقال الشافعى يعيد الصلوات كلها وانما اتفقوا على ايجاب اعادة الصلاة عليه بالجملة لحديث بشر بن محمد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين دخل المسجد ولم يصل معه مالك لم تصل مع الناس ألست برجل مسلم فقال بلى يارسول الله ولكنى صليت فى أهلى فقال عليه الصلاة والسلام اذا جئت فصل مع الناس وان كنت قد صليت فاختلف الناس لاحتمال تخصيص هذا العموم بالقياس أو بالدليل فمن حمله على عمومه أوجب عليه اعادة الصلوات كلها وهو مذهب الشافعى وأما من استثنى من ذلك صلاة المغرب فقط فانه خصص العموم بقياس الشبه وهو مالك رحمه الله وذلك انه زعم ان صلاة المغرب هى وتر فلو أعيدت لاشبهت صلاة الشفع التى ليست بوتر لانها كانت تكون بمجموع ذلك ست ركعات فكأنها كانت تنتقل من جنسها الى جنس صلاة أخرى وذلك مبطل لها وهذا القياس فيه ضعف لان السلام قد فصل بين الأوتار والتمسك بالعموم أقوى من الاستثناء بهذا

النوع من القياس وأقوى من هذا ما قاله الكوفيون من انه اذا أعادها يكون قد أوتر مرتين وقد جاء فى الاثر لا وتران فى ليلة وأما أبو حنيفة فانه قال ان الصلاة الثانية تكون له نفلا فان أعاد العصر يكون قد تنفل بعد العصر وقد جاء النهى عن ذلك فخصص العصر بهذا القياس والمغرب بانها وتر والوتر لا يعاد وهذا قياس جيد ان سلم لهم الشافعى ان الصلاة الاخيرة لهم نفل وأما من فرق بين العصر والصبح فى ذلك فلأنه لم تختلف الآثار فى النهى عن الصلاة بعد الصبح واختلف فى الصلاة بعد العصر كما تقدم وهو قول الاوزاعى وأما اذا صلى فى جماعة فهل يعيد فى جماعة أخرى فأكثر الفقهاء على انه لا يعيد منهم مالك وأبو حنيفة وقال بعضهم بل يعيد وممن قال بهذا القول أحمد وداود وأهل الظاهر والسبب فى اختلافهم تعارض مفهوم الآثار فى ذلك وذلك انه ورد عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تصلى صلاة فى يوم مرتين وروى عنه انه أمر الذين صلوا فى جماعة أن يعيدوا مع الجماعة الثانية وأيضا فان ظاهر حديث بسر يوجب الاعادة على كل مصل اذا جاء المسجد فان قوته قوة العموم والاكثر على اذا ورد العام على سبب خاص لا يقتصر به على سببه وصلاة معاذ مع النبى عليه الصلاة والسلام ثم كان يؤم قومه فى تلك الصلاة فيه دليل على جواز اعادة الصلاة فى الجماعة فذهب الناس فى هذه الآثار مذهب الجمع ومذهب الترجيح أما من ذهب مذهب الترجيح فانه أخذ بعموم قوله عليه الصلاة والسلام لا تصلى صلاة واحدة فى يوم مرتين ولم يستثن من ذلك الا صلاة المنفرد فقط لوقوع الاتفاق عليها وأما من ذهب مذهب الجمع فقالوا ان معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا تصلى صلاة فى يوم مرتين انما ذلك أن لا يصلى الرجل الصلاة الواحدة بعينها مرتين يعتقد فى كل واحدة منهما انها فرض بل يعتقد فى الثانية انها زائدة على الفرض ولكنه مأمور بها وقال قوم بل معنى هذا الحديث انما هو للمنفرد أعنى أن لا يصلى الرجل المنفرد صلاة واحدة بعينها مرتين

﴿ الفصل الثانى وفى هذا الفصل مسائل أربع ﴾

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلفوا فيمن أولى بالامامة فقال مالك يؤم القوم أفقههم لا أقرؤهم وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة والثورى وأحمد يؤم القوم أقرؤهم

والسبب فى هذا الاختلاف اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله فان كانوا فى القراءة سواء فأعلمهم بالسنة فان كانوا فى السنة سواء فأقدمهم هجرة فان كانوا فى الهجرة سواء فأقدمهم اسلاما ولا يؤم الرجل الرجل فى سلطانه ولا يقعد فى بيته على تكرمته الا باذنه وهو حديث متفق على صحته لكن اختلف العلماء فى مفهومه فمنهم من حمله على ظاهره وهو أبو حنيفة ومنهم من فهم من الاقرأ ههنا الأفقه لانه زعم ان الحاجة الى الفقه فى الامامة أمس من الحاجة الى القراءة وأيضا فان الأقرأ من الصحابة كان هو الأفقه ضرورة وذلك بخلاف ماعليه الناس اليوم

﴿ المسئلة الثانيـة ﴾ اختلف الناس فى امامة الصبى الذى لم يبلغ الحلم اذا كان قارئا فأجاز ذلك قوم لعموم (٢) هذا الاثر و (٣) لحديث عمرو بن سلمة أنه كان يؤم قومه وهو صبى ومنع ذلك قوم مطلقا وأجازه قوم فى النفل ولم يجيزوه فى الفريضة وهو مروى عن مالك وسبب الخلاف فى ذلك هل يؤم أحد فى صلاة غير واجبة عليه من وجبت عليه وذلك لاختلاف نية الامام والمأموم

﴿ المسئلة الثالثـة ﴾ اختلفوا فى امامة الفاسق فردها قوم باطلاق وأجازها قوم باطلاق وفرق قوم بين أن يكون فسقه مقطوعا به أو غير مقطوع به فقالوا ان كان فسقه مقطوعا به أعاد الصلاة المصلى وراءه أبدا وان كان مظنونا استحبت له الاعادة فى الوقت وهذا الذى اختاره الأبهرى تأوّلا على المذهب ومنهم من فرق بين أن يكون فسقه بتأويل أو يكون بغير تأويل مثل الذى يشرب النبيذ و يتأول أقوال أهل العراق فأجازوا الصلاة وراء المتأول ولم يجيزوها وراء غير المتأول وسبب اختلافهم فى هذا انه شئ مسكوت عنه فى الشرع والقياس فيه متعارض فمن رأى ان الفسق لما كان لا يبطل صحة الصلاة ولم يكن يحتاج المأموم من امامه الا لصحة صلاته فقط على قول من يرى ان الامام يحمل عن المأموم أجاز امامة الفاسق ومن قاس الامامة على الشهادة واتهم الفاسق أن يكون يصلى صلاة فاسدة كما يتهم فى الشهادة أن يكذب

(٢) ما بين عددى ٢ و ٣ زائد فى النسخة المصرية مع انه لم يذكر أثرا فلهذا نبهنا على زيادته

لم يجز امامته ولذلك فرق قوم بين أن يكون فسقه بتأويل أو بغير تأويل والى قريب من هذا يرجع من فرق بين ان يكون فسقه مقطوعا به أوغير مقطوع به لأنه اذا كان مقطوعا به فكأنه غير معذور فى تأويله وقدرام أهل الظاهر أن يجيزوا امامة الفاسق بعموم قوله عليه الصلاة والسلام يؤم القوم أقرؤهم قالوا فلم يستثن من ذلك فاسقا من غير فاسق والاحتجاج بالعموم فى غير المقصود ضعيف ومنهم من فرق بين أن يكون فسقه فى شروط صحة الصلاة أو فى أمور خارجة عن الصلاة بناء على ان الامام انما يشترط فيه وقوع صلاته صحيحة

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ اختلفوا فى امامة المرأة فالجمهور على انه لايجوز أن تؤم الرجال واختلفوا فى امامتها النساء فأجاز ذلك الشافعى ومنع ذلك مالك وشذ أبو ثور والطبرى فأجازا امامتها على الاطلاق وانما اتفق الجمهور على منعها أن تؤم الرجال لأنه لو كان جائزا لنقل ذلك عن الصدر الاول ولانه أيضا لما كانت سنتهن فى الصلاة التأخير عن الرجال علم انه ليس يجوز لهن التقدم عليهم لقوله عليه الصلاة والسلام أخروهن حيث أخرهن الله ولذلك أجاز بعضهم امامتها النساء اذ كن متساويات فى المرتبة فى الصلاة مع انه أيضا نقل ذلك عن بعض الصدر الاول ومن أجاز امامتها فانما ذهب الى مارواه أبو داود من حديث أم ورقة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يزورها فى بيتها وجعل لها مؤذنا يؤذن لها وأمرها أن تؤم أهل دارها وفى هذا الباب مسائل كثيرة أعنى من اختلافهم فى الصفات المشترطة فى الامام تركنا ذكرها لكونها مسكوتا عنها فى الشرع (قال القاضى) وقصدنا فى هذا الكتاب انما هو ذكر المسائل المسموعة أوماله تعلق قريب بالمسموع * وأما أحكام الامام الخاصة به فان فى ذلك أربعة مسائل متعلقة بالسمع احداها هل يؤمن الامام اذا فرغ من قراءة أم القرآن أم المأموم هو الذى يؤمن فقط والثانية متى يكبر تكبيرة الاحرام والثالثة اذا ارتج عليه هل يفتح عليه أم لا والرابعة هل يجوز ان يكون موضعه أرفع من موضع المأمومين فأما هل يؤمن الامام اذا فرغ من قراءة أم الكتاب فان مالكا ذهب فى رواية ابن القاسم عنه والمصريين انه لايؤمن وذهب جمهور الفقهاء الى أنه يؤمن كالمأموم سواء وهى رواية المدنيين عن مالك وسبب اختلافهم ان فى ذلك حديثين

متعارضي الظاهر أحدهما حديث أبي هريرة المتفق عليه في الصحيح أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أمن الامام فأمنوا والحديث الثاني ماخرجه مالك عن أبي هريرة أيضا أنه قال عليه الصلاة والسلام اذا قال الامام غير المغضوب عليهم ولا الضالين فقولوا آمين فأما الحديث الاول فهو نص في تأمين الامام وأما الحديث الثاني فيستدل منه على ان الامام لا يؤمن وذلك انه لو كان يؤمن لما أمر المأموم بالتأمين عند الفراغ من أم الكتاب قبل ان يؤمن الامام لان الامام كما قال عليه الصلاة والسلام انما جعل الامام ليؤتم به الا أن يخص هذا من أقوال الامام أعني ان يكون للمأموم أن يؤمن معه أو قبله فلا يكون فيه دليل على حكم الامام في التأمين ويكون انما تضمن حكم المأموم فقط لكن الذي يظهر ان مالكا ذهب مذهب الترجيح للحديث الذي رواه لكون السامع هو المؤمن لا الداعي وذهب الجمهور لترجيح الحديث الاول لكونه نصا ولانه ليس فيه شئ من حكم الامام وانما الخلاف بينه وبين الحديث الآخر في موضع تأمين المأموم فقط لا في هل يؤمن الامام أو لا يؤمن فتأمل هذا ويمكن أيضا ان يتأول الحديث الاول بان يقال ان معنى قوله فاذا أمن فأمنوا أي فاذا بلغ موضع التأمين وقد قيل ان التأمين هو الدعاء وهذا عدول عن الظاهر لشئ غير مفهوم من الحديث الا بقياس أعني أن يفهم من قوله فاذا قال غير المغضوب عليهم ولا الضالين فأمنوا انه لا يؤمن الامام * وأما متى يكبر الامام فان قوما قالوا لا يكبر الا بعد تمام الاقامة واستواء الصفوف وهو مذهب مالك والشافعي وجماعة وقوم قالوا ان موضع التكبير هو قبل أن يتم الاقامة واستحسنوا تكبيره عند قول المؤذن قد قامت الصلاة وهو مذهب أبي حنيفة والثوري وزفر وسبب الخلاف في ذلك تعارض ظاهر حديث أنس وحديث بلال أما حديث أنس فقال أقبل علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يكبر في الصلاة فقال أقيموا صفوفكم وتراصوا فاني أراكم من وراء ظهري وظاهر هذا ان الكلام منه كان بعد الفراغ من الاقامة مثل ماروى عن عمر انه كان اذا تمت الاقامة واستوت الصفوف حينئذ يكبر وأما حديث بلال فانه روى أنه كان يقيم للنبي صلى الله عليه وسلم فكان يقول له يارسول الله لا تسبقني بآمين خرجه الطحاوي قالوا فهذا

يدل على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يكبر والاقامة لم تتم * وأما اختلافهم في الفتح على الامام اذا ارتج عليه فان مالكا والشافعي وأكثر العلماء أجازوا الفتح عليه ومنع ذلك الكوفيون وسبب الخلاف في ذلك اختلاف الآثار وذلك انه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تردد في آية فلما انصرف قال أين أبيّ ألم يكن في القوم أي يريد الفتح عليه وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا يفتح على الامام والخلاف في ذلك في الصدر الأوّل والمنع مشهور عن عليّ والجواز عن ابن عمر مشهور * وأما موضع الامام فان قوما أجازوا أن يكون أرفع من موضع المأمومين وقوم منعوا ذلك وقوم استحبوا من ذلك اليسير وهو مذهب مالك وسبب الخلاف في ذلك حديثان متعارضان أحدهما الحديث الثابت أنه عليه الصلاة والسلام أم الناس على المنبر ليعلمهم الصلاة وانه كان اذا أراد أن يسجد نزل من على المنبر والثاني ما رواه أبو داود ان حذيفة أم الناس على دكان فأخذ ابن مسعود بقميصه فجذبه فلما فرغ من صلاته قال ألم تعلم انهم كانوا ينهون عن ذلك أو ينهى عن ذلك * وقد اختلفوا هل يجب على الامام أن ينوي الامامة أم لا فذهب قوم الى أنه ليس ذلك بواجب عليه لحديث ابن عباس أنه قام الى جنب رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد دخوله في الصلاة ورأى قوم ان هذا محتمل وانه لا بد من ذلك اذا كان يحمل بعض أفعال الصلاة عن المأمومين وهذا على مذهب من يرى أن الامام يحمل فرضا أو نفلا عن المأمومين

﴿ الفصل الثالث في مقام المأموم من الامام وأحكام المأموم الخاصة به وفي هذا الباب خمس مسائل ﴾

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اتفق جمهور العلماء على أن سنة الواحد المنفرد أن يقوم عن يمين الامام لثبوت ذلك من حديث ابن عباس وغيره وانهم ان كانوا ثلاثة سوى الامام قاموا وراءه واختلفوا اذا كانا اثنين سوى الامام فذهب مالك والشافعي الى أنهما يقومان خلف الامام وقال أبو حنيفة وأصحابه والكوفيون بل يقوم الامام بينهما والسبب في اختلافهم ان في ذلك حديثين متعارضين أحدهما حديث جابر بن عبد الله قال قمت عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذ بيدي فأدارني

حتى أقامنى عن يمينه ثم جاء جبار بن صخر فتوضأ ثم جاء فقام عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخذ بايدينا جميعا فدفعنا حتى قمنا خلفه والحديث الثانى حديث ابن مسعود أنه صلى بعلقمة والاسود فقام وسطهما وأسنده الى النبي صلى الله عليه وسلم قال أبو عمر واختلف رواة هذا الحديث فبعضهم أوقفه وبعضهم أسنده والصحيح انه موقوف واما أن سنة المرأة أن تقف خلف الرجل أو الرجال ان كان هنالك رجل سوى الامام أو خلف الامام ان كانت وحدها فلا أعلم فى ذلك خلافا لثبوت ذلك من حديث أنس الذى خرجه البخارى أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى به و بأمه أو خالته قال فاقامنى عن يمينه وأقام المرأة خلفنا والذى خرجه عنه أيضا مالك أنه قال فصففت أنا واليتيم وراءه عليه الصلاة والسلام والعجوز من ورائنا وسنة الواحد عند الجمهور أن يقف عن يمين الامام لحديث ابن عباس حين بات عند ميمونة وقال قوم بل عن يساره ولا خلاف فى ان المرأة الواحدة تصلى خلف الامام وانها ان كانت مع الرجل صلى الرجل الى جانب الامام والمرأة خلفه

﴿ المسئلة الثانية ﴾ أجمع العلماء على ان الصف الاول مرغب فيه وكذلك تراص الصفوف وتسويتها لثبوت الأمر بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا اذا صلى انسان خلف الصف وحده فالجمهور على أن صلاته تجزىء وقال أحمد وأبو ثور وجماعة صلاته فاسدة وسبب اختلافهم اختلافهم فى تصحيح حديث وابصة ومخالفة العمل له وحديث وابصة هو أنه قال عليه الصلاة والسلام لاصلاة لقائم خلف الصف وكان الشافعى يرى أن هذا يعارضه قيام العجوز وحدها خلف الصف فى حديث أنس وكان أحمد يقول ليس فى ذلك حجة لأن سنة النساء هى القيام خلف الرجال وكان أحمد كما قلنا يصحح حديث وابصة وقال غيره هو مضطرب الاسناد لا تقوم به حجة واحتج الجمهور بحديث أبى بكرة انه ركع دون الصف فلم يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم باعادة وقال له زادك الله حرصا ولا تعد ولو حمل هذا على الندب لم يكن تعارض أعنى بين حديث وابصة وحديث أبى بكرة

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلف الصدر الاول فى الرجل يريد الصلاة فيسمع الاقامة هل

يسرع المشى الى المسجد أم لا مخافة أن يفوته جزء من الصلاة فروى عن عمر وابن عمر وابن مسعود انهم كانوا يسرعون المشى اذا سمعوا الاقامة وروى عن زيد بن ثابت وأبى ذر وغيرهم من الصحابة انهم كانوا لا يرون السعى بل ان تؤتى الصلاة بوقار وسكينة وبهذا القول قال فقهاء الامصار لحديث أبى هريرة الثابت اذا ثوب بالصلاة فلا تأتوها وأنتم تسعون وأتوها وعليكم السكينة ويشبه ان يكون سبب الخلاف فى ذلك انه لم يبلغهم هذا الحديث أو رأوا ان الكتاب يعارضه لقوله تعالى (فاستبقوا الخيرات) وقوله (والسابقون السابقون أولئك المقربون) وقوله (سارعوا الى مغفرة من ربكم) وبالجملة فأصول الشرع تشهد بالمبادرة الى الخير لكن اذا صح الحديث وجب ان تستثنى الصلاة من بين سائر أعمال القرب

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ متى يستحب أن يقام الى الصلاة فبعض استحسن البدء فى أول الاقامة على الاصل فى الترغيب فى المسارعة وبعض عند قوله قد قامت الصلاة وبعضهم عند حى على الفلاح وبعضهم قال حتى يروا الامام وبعضهم لم يحد فى ذلك حدا كمالك رضى الله عنه فانه وكل ذلك الى قدر طاقة الناس وليس فى هذا شرع مسموع الا حديث أبى قتادة أنه قال عليه الصلاة والسلام اذا أقيمت الصلاة فلا تقوموا حتى ترونى فان صح هذا وجب العمل به والا فالمسئلة باقية على أصلها المعفو عنه أعنى انه ليس فيها شرع وانه متى قام كل حسن

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ ذهب مالك وكثير من العلماء الى أن الداخل وراء الامام اذا خاف فوات الركعة بان يرفع الامام رأسه منها ان تمادى حتى يصل الى الصف الاول ان له أن يركع دون الصف الاول ثم يدب راكعا وكره ذلك الشافعى وفرق أبو حنيفة بين الجماعة والواحد فكرهه للواحد وأجازه للجماعة وما ذهب اليه مالك مروى عن زيد بن ثابت وابن مسعود وسبب اختلافهم فى تصحيح حديث أبى بكرة وهو انه دخل المسجد ورسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى بالناس وهم ركوع فركع ثم سعى الى الصف فلما انصرف رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من الساعى قال أبو بكرة أنا قال زادك الله حرصا ولا تعد

﴿ الفصل الرابع فى معرفة ما يجب على المأموم أن يتبع فيه الامام ﴾

وأجمع العلماء على انه يجب على المأموم أن يتبع الامام فى جميع أقواله وأفعاله الا فى قوله سمع الله لمن حمده وفى جلوسه اذا صلى جالسا لمرض عند من أجاز امامة الجالس وأما اختلافهم فى قوله سمع الله لمن حمده فان طائفة ذهبت الى ان الامام يقول اذا رفع رأسه من الركوع سمع الله لمن حمده فقط و يقول المأموم ربنا ولك الحمد فقط وممن قال بهذا القول مالك وأبو حنيفة وغيرهما وذهبت طائفة أخرى الى أن الامام والمأموم يقولان جميعا سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد وان المأموم يتبع فيهما معا الامام كسائر التكبير سواء وقد روى عن أبى حنيفة ان المنفرد والامام يقولانهما جميعا ولا خلاف فى المنفرد أعنى انه يقولهما جميعا وسبب الاختلاف فى ذلك حديثان متعارضان أحدهما حديث أنس أن النبى عليه الصلاة والسلام قال انما جعل الامام ليؤتم به فاذا ركع فاركعوا واذا رفع فارفعوا واذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا ولك الحمد والحديث الثانى حديث ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم كان اذا افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه واذا رفع رأسه من الركوع رفعهما كذلك أيضا وقال سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد فمن رجح مفهوم حديث أنس قال لا يقول المأموم سمع الله لمن حمده ولا الامام ربنا ولك الحمد وهو من باب دليل الخطاب لانه جعل حكم المسكوت عنه بخلاف حكم المنطوق به ومن رجح حديث ابن عمر قال يقول الامام ربنا ولك الحمد ويجب على المأموم أن يتبع الامام فى قوله سمع الله لمن حمده لعموم قوله انما جعل الامام ليؤتم به ومن جمع بين الحديثين فرق فى ذلك بين الامام والمأموم والحق فى ذلك ان حديث أنس يقتضى بدليل الخطاب ان الامام لا يقول ربنا ولك الحمد وان المأموم لا يقول سمع الله لمن حمده وحديث ابن عمر يقتضى نصا ان الامام يقول ربنا ولك الحمد فلا يجب أن يترك النص بدليل الخطاب فان النص أقوى من دليل الخطاب وحديث أنس يقتضى بعمومه أن المأموم يقول سمع الله لمن حمده بعموم قوله انما جعل الامام ليؤتم به وبدليل خطابه أن لا يقولها فوجب أن يرجح بين العموم ودليل الخطاب ولا خلاف أن العموم أقوى من دليل الخطاب لكن العموم يختلف أيضا فى القوة والضعف

ولذلك ليس يبعد أن يكون بعض أدلة الخطاب أقوى من بعض أدلة العموم فالمسئلة لعمري اجتهادية أعني في المأموم

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهي صلاة القائم خلف القاعد فان حاصل القول فيها أن العلماء اتفقوا على انه ليس للصحيح أن يصلي فرضا قاعدا اذا كان منفردا أو اماما لقوله تعالى (وقوموا لله قانتين) واختلفوا اذا كان المأموم صحيحا فصلى خلف امام مريض يصلي قاعدا على ثلاثة أقوال أحدها ان المأموم يصلي خلفه قاعدا وممن قال بهذا القول أحمد واسحق والقول الثاني انهم يصلون خلفه قياما قال أبو عمر بن عبد البر وعلى هذا جماعة فقهاء الامصار الشافعي وأصحابه وأبو حنيفة وأصحابه وأهل الظاهر وأبو ثور وغيرهم وزاد هؤلاء فقالوا يصلون وراءه قياما وان كان لا يقوى على الركوع والسجود بل يومئ ايماء وروى ابن القاسم انه لا تجوز امامة القاعد وانه ان صلوا خلفه قياما أو قعودا بطلت صلاتهم وقد روى عن مالك انهم يعيدون الصلاة في الوقت وهذا انما بني على الكراهة لا على المنع والأول هو المشهور عنه وسبب الاختلاف تعارض الآثار في ذلك ومعارضة العمل للآثار أعني عمل أهل المدينة عند مالك وذلك ان في ذلك حديثين متعارضين أحدهما حديث أنس وهو قوله عليه الصلاة والسلام واذا صلى قاعدا فصلوا قعودا وحديث عائشة في معناه وهو انه صلى صلى الله عليه وسلم وهو شاك جالسا وصلى وراء قوم قياما فأشار اليهم أن اجلسوا فلما انصرف قال انما جعل الامام ليؤتم به فاذا ركع فاركعوا واذا رفع فارفعوا واذا صلى جالسا فصلوا جلوسا والحديث الثاني حديث عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج في مرضه الذي توفي منه فأتى المسجد فوجد أبا بكر وهو قائم يصلي بالناس فاستأخر أبو بكر فأشار اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ان كما أنت فجلس رسول الله صلى الله عليه وسلم الى جنب أبي بكر فكان أبو بكر يصلي بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان الناس يصلون بصلاة أبي بكر فذهب الناس في هذين الحديثين مذهبين مذهب النسخ ومذهب الترجيح فأما من ذهب مذهب النسخ فانهم قالوا ان ظاهر حديث عائشة وهو أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يؤم الناس وان أبا بكر كان مسمعا لانه لا يجوز أن يكون امامان في صلاة واحدة وان الناس كانوا قياما وأن النبي عليه الصلاة

والسلام كان جالسا فوجب أن يكون هذا من فعله عليه الصلاة والسلام اذ كان آخر فعله ناسخا لقوله وفعله المتقدم وأما من ذهب مذهب الترجيح فانهم رجحوا حديث أنس بأن قالوا ان هذا الحديث قد اضطربت الرواية عن عائشة فيه فيمن كان الامام هل رسول الله صلى الله عليه وسلم أو أبو بكر وأما مالك فليس له مستند من السماع لان كلا الحديثين اتفقا على جواز امامة القاعد وانما اختلفا فى قيام المأموم أو قعوده حتى انه لقد قال أبو محمد بن حزم انه ليس فى حديث عائشة أن الناس صلوا لا قياما ولا قعودا وليس يجب أن يترك المنصوص عليه لشئ لم ينص عليه قال أبو عمر وقد ذكر أبو المصعب فى مختصره عن مالك انه قال لا يؤم الناس أحد قاعدا فان أمهم قاعدا فسدت صلاتهم وصلاته لان النبى صلى الله عليه وسلم قال لا يؤمن أحد بعدى قاعدا قال أبو عمر وهذا حديث لا يصح عند أهل العلم بالحديث لانه يرويه جابر الجعفى مرسلا وليس بحجة فيما أسند فكيف فيما أرسل وقد روى ابن القاسم عن مالك انه كان يحتج بما رواه ربيعة بن أبى عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج وهو مريض فكان أبو بكر هو الامام وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى بصلاة أبى بكر وقال ما مات نبى حتى يؤمه رجل من أمته وهذا ليس فيه حجة الا أن يتوهم انه ائتم بأبى بكر لانه لا تجوز صلاة الامام القاعد وهذا ظن لا يجب أن يترك له النص مع ضعف هذا الحديث

(الفصل الخامس فى صفة الاتباع)

وفيه مسئلتان احداهما فى وقت تكبيرة الاحرام للمأموم والثانية فى حكم من رفع رأسه قبل الامام أما اختلافهم فى وقت تكبير المأموم فان مالكا استحسن أن يكبر بعد فراغ الامام من تكبيرة الاحرام قال وان كبر معه أجزأه وقد قيل انه لا يجزئه وأما ان كبر قبله فلا يجزئه وقال أبو حنيفة وغيره يكبر مع تكبيرة الامام فان فرغ قبله لم يجزه وأما الشافعى فعنه فى ذلك روايتان احداهما مثل قول مالك وهو الاشهر والثانية ان المأموم ان كبر قبل الامام أجزأه وسبب الخلاف ان فى ذلك حديثين متعارضين أحدهما قوله عليه الصلاة والسلام فاذا كبر فكبروا والثانى ما روى انه عليه الصلاة والسلام كبر فى صلاة من الصلوات ثم أشار اليهم أن

امكثوا فذهب ثم رجع وعلى رأسه أثر الماء فظاهر هذا أن تكبيره وقع بعد تكبيرهم لانه لم يكن له تكبير أولا لمكان عدم الطهارة وهو أيضا مبنى على أصله فى أن صلاة المأموم غير مرتبطة بصلاة الامام والحديث ليس فيه ذكر هل استأنفوا التكبير أولم يستأنفوه فليس ينبغى أن يحمل على أحدهما الا بتوقيف والاصل هو الاتباع وذلك لا يكون الا بعد أن يتقدم الامام اما بالتكبير واما بافتتاحه * وأما من رفع رأسه قبل الامام فان الجمهور يرون انه أساء ولكن صلاته جائزة وانه يجب عليه أن يرجع فيتبع الامام وذهب قوم الى أن صلاته تبطل للوعيد الذى جاء فى ذلك وهو قوله عليه الصلاة والسلام أما يخاف الذى يرفع رأسه قبل الامام أن يحوّل الله رأسه رأس حمار

(الفصل السادس)

واتفقوا على انه لا يحمل الامام عن المأموم شيأ من فرائض الصلاة ماعدا القراءة فانهم اختلفوا فى ذلك على ثلاثة أقوال أحدها ان المأموم يقرأ مع الامام فيما أسر فيه ولا يقرأ معه فيما جهر به والثانى انه لا يقرأ معه أصلا والثالث انه يقرأ فيما أسر أم الكتاب وغيرها وفيما جهر أم الكتاب فقط وبعضهم فرق فى الجهر بين ان يسمع قراءة الامام اولا يسمع فأوجب عليه القراءة اذا لم يسمع ونهاه عنها اذا سمع وبالاول قال مالك الا انه يستحسن له القراءة فيما أسر فيه الامام وبالثانى قال ابو حنيفة وبالثالث قال الشافعى والتفرقة بين ان يسمع اولا يسمع هو قول احمد ابن حنبل والسبب فى اختلافهم اختلاف الاحاديث فى هذا الباب وبناء بعضها على بعض وذلك ان فى ذلك اربعة احاديث احدها قوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة الا بفاتحة الكتاب وماورد من الاحاديث فى هذا المعنى مما قد ذكرناه فى باب وجوب القراءة والثانى ماروى مالك عن ابن هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف من صلاة جهر فيها بالقراءة فقال هل قرأ معى منكم احد آنفا فقال رجل نعم انا يارسول الله فقال رسول الله انى اقول مالى انازع القرآن فانتهى الناس عن القراءة فيما جهر فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم والثالث حديث عبادة بن الصامت قال صلى بنا رسول الله صلاة الغداة فثقلت عليه القراءة فلما انصرف

قال انى لأرا كم تقرؤن وراء الامام قلنا نعم قال فلا تفعلوا الا بأم القرآن قال ابو عمر وحديث عبادة بن الصامت هنا من رواية مكحول وغيره متصل السند صحيح والحديث الرابع حديث جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام قال من كان له امام فقراءته له قراءة وفى هذا ايضا حديث خامس صححه احمد بن حنبل وهو ماروى انه قال عليه الصلاة والسلام اذا قرا الامام فانصتوا فاختلف الناس فى وجه جمع هذه الاحاديث فمن الناس من استثنى من النهى عن القراءة فيما جهر فيه الامام قراءة ام القرآن فقط على حديث عبادة بن الصامت ومنهم من استثنى من عموم قوله عليه الصلاة والسلام لاصلاة الا بفاتحة الكتاب المأموم فقط فى صلاة الجهر لمكان النهى الوارد عن القراءة فيما جهر فيه الامام فى حديث ابى هريرة واكد ذلك بظاهر قوله تعالى (واذا قرئ القرآن فاستمعوا له وانصتوا لعلكم ترحمون) قالوا وهذا انما ورد فى الصلاة ومنهم من استثنى القراءة الواجبة على المصلى المأموم فقط سرا كانت الصلاة اوجهرا وجعل الوجوب الوارد فى القراءة فى حق الامام والمنفرد فقط مصيرا الى حديث جابر وهو مذهب ابى حنيفة فصار عنده حديث جابر مخصصا لقوله عليه الصلاة والسلام واقرأ ما تيسر معك فقط لانه لايرى وجوب قراءة ام القرآن فى الصلاة وانما يرى وجوب القراءة مطلقا على ما تقدم وحديث جابر لم يروه مرفوعا الا جابر الجعفى ولاحجة فى شئ مما ينفرد به قال ابو عمر وهو حديث لايصح الا مرفوعا عن جابر

(الفصل السابع)

واتفقوا على انه اذا طرا عليه الحدث فى الصلاة فقطع ان صلاة المأمومين ليست تفسد واختلفوا اذا صلى بهم وهو جنب وعلموا بذلك بعد الصلاة فقال قوم صلاتهم صحيحة وقال قوم صلاتهم فاسدة وفرق قوم بين ان يكون الامام عالما بجنابته اوناسيا لها فقالوا ان كان عالما فسدت صلاتهم وان كان ناسيا لم تفسد صلاتهم وبالاول قال الشافعى وبالثانى قال ابو حنيفة وبالثالث قال مالك وسبب اختلافهم هل صحة انعقاد صلاة المأموم مرتبطة بصحة صلاة الامام أم ليست مرتبطة فمن لم يرها مرتبطة قال صلاتهم جائزة ومن رآها مرتبطة قال صلاتهم فاسدة ومن فرق بين

السهو والعمد قصد الى ظاهر الأثر المتقدم وهو انه عليه الصلاة والسلام كبر فى صلاة من الصلوات ثم أشار اليهم أن امكثوا فذهب ثم رجع وعلى جسمه أثر الماء فان ظاهر هذا انهم بنوا على صلاتهم والشافعى يرى انه لو كانت الصلاة مرتبطة للزم أن يبدؤا بالصلاة مرة ثانية

(الباب الثالث من الجملة الثالثة)

والكلام المحيط بقواعد هذا الباب منحصر فى أربعة فصول الفصل الأول فى وجوب الجمعة وعلى من تجب الثانى فى شروط الجمعة الثالث فى أركان الجمعة الرابع فى أحكام الجمعة

﴿ الفصل الاول فى وجوب الجمعة ومن تجب عليه ﴾

أما وجوب صلاة الجمعة على الأعيان فهو الذى عليه الجمهور لكونها بدلا من واجب وهو الظهر ولظاهر قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع) والأمر على الوجوب ولقوله عليه الصلاة والسلام لينتهين أقوام عن ودعهم الجمعات أو ليختمن الله على قلوبهم وذهب قوم الى انها من فروض الكفايات وعن مالك رواية شاذة انها سنة والسبب فى هذا الاختلاف تشبيهها بصلاة العيد لقوله عليه الصلاة والسلام ان هذا يوم جعله الله عيدا وأما على من تجب فعلى من وجدت فيه شروط وجوب الصلاة المتقدمة ووجد فيه زائدا عليها أربعة شروط اثنان باتفاق واثنان مختلف فيهما أما المتفق عليهما فالذكورة والصحة فلا تجب على امرأة ولا على مريض باتفاق ولكن ان حضروا كانوا من أهل الجمعة وأما المختلف فيهما فهما المسافر والعبد فالجمهور على انه لا تجب عليهما الجمعة وداود وأصحابه على انه تجب عليهما الجمعة وسبب اختلافهم فى صحة الأثر الوارد فى ذلك وهو قوله عليه الصلاة والسلام الجمعة حق واجب على كل مسلم فى جماعة الا أربعة عبد مملوك أو امرأة أو صبى أو مريض وفى أخرى الا خمسة وفيه أو مسافر والحديث لم يصح عند أكثر العلماء

﴿ الفصل الثانى فى شروط الجمعة ﴾

وأما شروط الجمعة فاتفقوا على انها شروط الصلاة المفروضة بعينها أعنى الثمانية المتقدمة ماعدا الوقت والأذان فانهم اختلفوا فيهما وكذلك اختلفوا فى شروطها المختصة بها أما الوقت فان الجمهور على أن وقتها وقت الظهر بعينه أعنى وقت الزوال وانها لاتجوز قبل الزوال وذهب قوم الى انه يجوز أن تصلى قبل الزوال وهو قول أحمد ابن حنبل والسبب فى هذا الاختلاف الاختلاف فى مفهوم الآثار الواردة فى تعجيل الجمعة مثل ما خرجه البخارى عن سهل بن سعد انه قال ما كنا نتغدى بعهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نقيل الا بعد الجمعة ومثل ماروى انهم كانوا يصلون و ينصرفون وما للجدران اظلال فمن فهم من هذه الآثار الصلاة قبل الزوال أجاز ذلك ومن لم يفهم منها الا التبكير فقط لم يجز ذلك لئلا تتعارض الاصول فى هذا الباب وذلك انه قد ثبت من حديث أنس بن مالك أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يصلى الجمعة حين تميل الشمس وأيضا فانها لما كانت بدلا من الظهر وجب أن يكون وقتها وقت الظهر فوجب من طريق الجمع بين هذه الاثار ان تحمل تلك على التبكير اذ ليست نصا فى الصلاة قبل الزوال وهو الذى عليه الجمهور وأما الأذان فان جمهور الفقهاء اتفقوا على أن وقته هو اذا جلس الامام على المنبر واختلفوا هل يؤذن بين يدى الامام مؤذن واحد فقط أو أكثر من واحد فذهب بعضهم الى انه انما يؤذن بين يدى الامام مؤذن واحد فقط وهو الذى يحرم به البيع والشراء وقال آخرون بل يؤذن اثنان فقط وقال قوم بل انما يؤذن ثلاثة والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار فى ذلك وذلك انه روى البخارى عن السائب بن يزيد انه قال كان النداء يوم الجمعة اذا جلس الامام على المنبر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر فلما كان زمان عثمان وكثر الناس زاد النداء الثالث على الزوراء وروى أيضا عن السائب بن يزيد انه قال لم يكن يوم الجمعة لرسول الله صلى الله عليه وسلم الا مؤذن واحد وروى أيضا عن سعيد بن المسيب انه قال كان الأذان يوم الجمعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر أذانا واحدا حين يخرج الامام فلما كان زمان عثمان وكثر الناس فزاد الأذان الاول ليتهيأ الناس للجمعة وروى ابن حبيب أن المؤذنين كانوا يوم الجمعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة فذهب قوم الى ظاهر مارواه البخارى وقالوا يؤذن

يوم الجمعة مؤذنان وذهب آخرون الى ان المؤذن واحد فقالوا ان معنى قوله فلما كان زمان عثمان وكثر الناس زاد النداء الثالث أن النداء الثانى هو الاقامة وأخذ آخرون بما رواه ابن حبيب وأحاديث ابن حبيب عند أهل الحديث ضعيفة ولا سيما فيما انفرد به وأما شروط الوجوب والصحة المختصة بيوم الجمعة فاتفق الكل على أن من شرطها الجماعة واختلفوا فى مقدار الجماعة فمنهم من قال واحد مع الامام وهو الطبرى ومنهم من قال اثنان سوى الامام ومنهم من قال ثلاثة دون الامام وهو قول أبى حنيفة ومنهم من اشترط أربعين وهو قول الشافعى وأحمد وقال قوم ثلاثين ومنهم من لم يشترط عددا ولكن رأى انه يجوز بما دون الاربعين ولا يجوز بالثلاثة والاربعة وهو مذهب مالك وحدهم بانهم الذين يمكن أن تتقرى بهم قرية وسبب اختلافهم فى هذا اختلافهم فى أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع هل ذلك ثلاثة أو أربعة أو اثنان وهل الامام داخل فيهم أم ليس بداخل فيهم وهل الجمع المشترط فى هذه الصلاة هو أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع أو ما ينطلق عليه اسم الجمع فى غالب الأحوال وذلك هو أكثر من الثلاثة والاربعة فمن ذهب الى ان الشرط فى ذلك هو أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع وكان عنده ان أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع اثنان فان كان ممن يعد الامام فى الجمع المشترط فى ذلك قال تقوم الجمعة باثنين الامام وواحد ثان وان كان ممن لا يرى ان يعد الامام فى الجمع قال تقوم باثنين سوى الامام ومن كان أيضا عنده ان أقل الجمع ثلاثة فان كان لا يعد الامام فى جملتهم قال بثلاثة سوى الامام وان كان ممن يعد الامام فى جملتهم وافق قول من قال أقل الجمع اثنان ولم يعد الامام فى جملتهم وأما من راعى ما ينطلق عليه فى الأكثر والعرف المستعمل اسم الجمع قال لا تنعقد بالاثنين ولا بالاربعة ولم يحد فى ذلك حدا ولما كان من شرط الجمعة الاستيطان عنده حد هذا الجمع بالقدر من الناس الذين يمكنهم أن يسكنوا على حدة من الناس وهو مالك رحمه الله وأما من اشتراط الاربعين فصيرا الى ما روى ان هذا العدد كان فى أول جمعة صليت بالناس فهذا هو أحد شروط صلاة الجمعة أعنى شروط الوجوب وشروط الصحة فان من الشروط ما هى شروط وجوب فقط ومنها ما يجمع الأمرين جميعا أعنى انها شروط وجوب وشروط صحة * وأما الشرط الثانى وهو الاستيطان فان فقهاء الامصار اتفقوا عليه لاتفاقهم

على أن الجمعة لا تجب على مسافر وخالف فى ذلك أهل الظاهر لايجابهم الجمعة على المسافر واشترط أبو حنيفة المصر والسلطان مع هذا ولم يشترط العدد وسبب اختلافهم فى هذا الباب هو الاحتمال المتطرق الى الاحوال الراتبة التى اقترنت بهذه الصلاة عند فعله اياها صلى الله عليه وسلم هل هى شرط فى صحتها أو وجوبها أم ليست بشرط وذلك انه لم يصلها صلى الله عليه وسلم الا فى جماعة ومصر ومسجد جامع فمن رأى أن اقتران هذه الأشياء بصلاته مما يوجب كونها شرطا فى صلاة الجمعة اشترطها ومن رأى بعضها دون بعض اشترط ذلك البعض دون غيره كاشتراط مالك المسجد وتركه اشتراط المصر والسلطان ومن هذا الموضع اختلفوا فى مسائل كثيرة من هذا الباب مثل اختلافهم هل تقام جمعتان فى مصر واحد أو لا تقام والسبب فى اختلافهم فى اشتراط الأحوال والافعال المقترنة بها هو كون بعض تلك الاحوال أشد مناسبة لأفعال الصلاة من بعض ولذلك اتفقوا على اشتراط الجماعة اذ كان معلوما من الشرع انها حال من الاحوال الموجودة فى الصلاة ولم ير مالك المصر ولا السلطان شرطا فى ذلك لكونه غير مناسب لاحوال الصلاة ورأى المسجد شرطا لكونه أقرب مناسبة حتى لقد اختلف المتأخرون من أصحابه هل من شرط المسجد السقف أم لا وهل من شرطه ان تكون الجمعة راتبة فيه أم لا وهذا كله لعله تعمق فى هذا الباب ودين الله يسر ولقائل أن يقول ان هذه لو كانت شروطا فى صحة الصلاة لما جاز أن يسكت عنها عليه الصلاة والسلام ولا ان يترك بيانها لقوله تعالى (لتبين للناس مانزل اليهم) ولقوله تعالى (ولتبين لهم الذى اختلفوا فيه) والله المرشد للصواب

(الفصل الثالث فى الأركان)

اتفق المسلمون على أنها خطبة وركعتان بعد الخطبة واختلفوا من ذلك فى خمس مسائل هى قواعد هذا الباب

﴿المسئلة الاولى﴾ فى الخطبة هل هى شرط فى صحة الصلاة وركن من أركانها أم لا فذهب الجمهور الى انها شرط وركن وقال أقوام انها ليست بفرض وجمهور أصحاب مالك على انها فرض الا ابن الماجشون وسبب اختلافهم هو هل الأصل المتقدم من من احتمال كل ما اقترن بهذه الصلاة أن يكون من شروطها أولا يكون فمن رأى

ان الخطبة حال من الأحوال المختصة بهذه الصلاة وبخاصة اذا توهم انها عوض من الركعتين اللتين نقصتا من هذه الصلاة قال انها ركن من أركان هذه الصلاة وشرط فى صحتها ومن رأى ان المقصود منها هو الموعظة المقصودة من سائر الخطب رأى انها ليست شرطا من شروط الصلاة وانما وقع الخلاف فى هذه الخطبة هل هى فرض أم لا لكونها راتبة من سائر الخطب وقد احتج قوم لوجوبها بقوله تعالى (فاسعوا الى ذكر الله) وقالوا هو الخطبة

﴿المسئلة الثانية﴾ واختلف الذين قالوا بوجوبها فى القدر المجزىء منها فقال ابن القاسم هو أقل ما ينطلق اسم خطبة فى كلام العرب من الكلام المؤلف المبتدأ بحمد الله وقال الشافعى أقل ما يجزىء من ذلك خطبتان اثنتان يكون فى كل واحدة منهما قائما يفصل احداهما من الأخرى بجلسة خفيفة يحمد الله فى كل واحدة منهما فى أولها ويصلى على النبى ويوصى بتقوى الله ويقرأ شيأ من القرآن فى الأولى ويدعو فى الآخرة والسبب فى اختلافهم هو هل يجزىء من ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم اللغوى أو الاسم الشرعى فمن رأى أن المجزىء أقل ما ينطلق عليه الاسم اللغوى لم يشترط فيها شيأ من الأقوال التى نقلت عنه صلى الله عليه وسلم فيها ومن رأى أن المجزىء من ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم الشرعى اشترط فيها أصول الأقوال التى نقلت من خطبه صلى الله عليه وسلم أعنى الأقوال الراتبة الغير مبتذلة والسبب فى هذا الاختلاف أن الخطبة التى نقلت عنه فيها أقوال راتبة وغير راتبة فمن اعتبر الأقوال الغير راتبة وغلب حكمها قال يكفى من ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم اللغوى أعنى اسم خطبة عند العرب ومن اعتبر الأقوال الراتبة وغلب حكمها قال لا يجزىء من ذلك الا أقل ما ينطلق عليه اسم الخطبة فى عرف الشرع واستعماله وليس من شرط الخطبة عند مالك الجلوس وهو شرط كما قلنا عند الشافعى وذلك انه من اعتبر المعنى المعقول منه من كونه استراحة للخطيب لم يجعله شرطا ومن جعل ذلك عبادة جعله شرطا

﴿المسئلة الثالثة﴾ اختلفوا فى الانصات يوم الجمعة والامام يخطب على ثلاثة أقوال فنهم من رأى أن الانصات واجب على كل حال وانه حكم لازم من أحكام الخطبة وهم

الجمهور مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل وجميع فقهاء الأمصار وهؤلاء انقسموا ثلاثة أقسام فبعضهم أجاز التشميت ورد السلام في وقت الخطبة وبه قال الثوري والأوزاعي وغيرهم وبعضهم لم يجز رد السلام ولا التشميت وبعض فرق السلام والتشميت فقالوا يرد السلام ولا يشمت والقول الثاني مقابل القول الأول وهو أن الكلام في حال الخطبة جائز الا في حين قراءة القرآن فيها وهو مروى عن الشعبي وسعيد بن جبير وابراهيم النخعي والقول الثالث الفرق بين أن يسمع الخطبة أو لا يسمعها فان سمعها أنصت وان لم يسمع جاز له أن يسبح أو يتكلم في مسئلة من العلم وبه قال أحمد وعطاء وجماعة والجمهور على انه ان تكلم لم تفسد صلاته وروى عن ابن وهب أنه قال من لغا فصلاته ظهر أربع وانما صار الجمهور لوجوب الانصات لحديث أبي هريرة أن النبي عليه الصلاة والسلام قال اذا قلت لصاحبك أنصت يوم الجمعة والامام يخطب فقد لغوت وأما من لم يوجبه فلا أعلم لهم شبهة الا أن يكونوا يرون أن هذا الأمر قد عارضه دليل الخطاب في قوله تعالى (واذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون) أي أن ما عدا القرآن فليس يجب له الانصات وهذا فيه ضعف والله أعلم والاشبه أن يكون هذا الحديث لم يصلهم وأما اختلافهم في رد السلام وتشميت العاطس فالسبب فيه تعارض عموم الأمر بذلك لعموم الأمر بالانصات. واحتمال أن يكون كل واحد منهما مستثنى من صاحبه فمن استثنى من عموم الأمر بالصمت يوم الجمعة الأمر بالسلام والتشميت أجازهما ومن استثنى من عموم الأمر برد السلام والتشميت الأمر بالصمت في حين الخطبة لم يجز ذلك ومن فرق فانه استثنى رد السلام من النهي عن التكلم في الخطبة واستثنى من عموم الأمر التشميت وقت الخطبة وانما ذهب واحد واحد من هؤلاء الى واحد واحد من هذه المستثنيات لما غلب على ظنه من قوة العموم في أحدها وضعفه في الآخر وذلك ان الأمر بالصمت هو عام في الكلام خاص في الوقت والأمر برد السلام والتشميت هو عام في الوقت خاص في الكلام فمن استثنى الزمان الخاص من الكلام العام لم يجز رد السلام ولا التشميت في وقت الخطبة ومن استثنى الكلام الخاص من النهي عن الكلام العام أجاز ذلك والصواب ألا يصار لاستثناء أحد العمومين بأحد الخصوصين الا

بدليل فان عسر ذلك فبالنظر فى ترجيح العمومات والخصوصات وترجيح تأكيد الأوامر بها والقول فى تفصيل ذلك يطول ولكن معرفة ذلك بايجاز أنه ان كانت الأوامر قوّتها واحدة والعمومات والخصوصات قوّتها واحدة ولم يكن هنالك دليل على أى يستثنى من أى وقع التمانع ضرورة وهذا يقل وجوده وان لم يكن فوجه الترجيح فى العمومات والخصوصات الواقعة فى أمثال هذه المواضع هو النظر الى جميع أقسام النسب الواقعة بين الخصوصين والعمومين وهى أربع عمومان فى مرتبة واحدة من القوّة وخصوصا فى مرتبة واحدة من القوة فهذا لا يصار لاستثناء أحدهما الا بدليل الثانى مقابل هذا وهو خصوص فى نهاية القوّة وعموم فى نهاية الضعف فهذا يجب أن يصار اليه ولا بد أعنى أن يستثنى من العموم الخصوص الثالث خصوصان فى مرتبة واحدة وأحد العمومين أضعف من الثانى فهذا ينبغى أن يخصص فيه العموم الضعيف الرابع عمومان فى مرتبة واحدة وأحد الخصوصين أقوى من الثانى فهذا يجب أن يكون الحكم فيه للخصوص القوى وهذا كله اذا تساوت الأوامر فيها فى مفهوم التأكيد فان اختلفت حدثت من ذلك تراكيب مختلفة ووجبت المقايسة أيضا بين قوّة الألفاظ وقوة الأوامر ولعسر انضباط هذه الأشياء قيل ان كل مجتهد مصيب أو أقل ذلك غير مأثوم ﴿المسئلة الرابعة﴾ اختلفوا فيمن جاء يوم الجمعة والامام على المنبر هل يركع أم لا فذهب بعض الى أنه لا يركع وهو مذهب مالك وذهب بعضهم الى أنه يركع والسبب فى اختلافهم معارضة القياس لعموم الأثر وذلك ان عموم قوله عليه الصلاة والسلام اذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين يوجب أن يركع الداخل فى المسجد يوم الجمعة وان كان الامام يخطب والأمر بالانصات الى الخطيب يوجب دليله ألا يشتغل بشئ مما يشغل عن الانصات وان كان عبادة ويؤيد عموم هذا الأثر ما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام اذا جاء أحدكم المسجد والامام يخطب فليركع ركعتين خفيفتين خرجه مسلم فى بعض رواياته وأكثر رواياته أن النبى عليه الصلاة والسلام أمر الرجل الداخل أن يركع ولم يقل اذا جاء أحدكم الحديث فيتطرق الى هذا الخلاف فى هل تقبل زيادة الراوى الواحد اذا خالفه أصحابه عن الشيخ الاول الذى اجتمعوا فى الرواية عنه أم لا فان صحت الزيادة وجب العمل

بها فانها نص فى موضع الخلاف والنص لا يجب أن يعارض بالقياس لكن يشبه أن يكون الذى راعاه مالك فى هذا هو العمل

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ أكثر الفقهاء على ان من سنة القراءة فى صلاة الجمعة قراءة سورة الجمعة فى الركعة الاولى لما تكرر ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام وذلك انه خرج مسلم عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقرأ فى الركعة الاولى بالجمعة وفى الثانية باذا جاءك المنافقون وروى مالك ان الضحاك بن قيس سأل النعمان بن بشير ماذا كان يقرأ به رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الجمعة على أثر سورة الجمعة قال كان يقرأ بهل أتاك حديث الغاشية واستحب مالك العمل على هذا الحديث وان قرأ عنده بسبح اسم ربك الأعلى كان حسنا لأنه مروى عن عمر ابن عبد العزيز وأما أبو حنيفة فلم يقف فيها شيأ والسبب فى اختلافهم معارضة حال الفعل للقياس وذلك ان القياس يوجب ألا يكون لها سورة راتبة كالحال فى سائر الصلوات ودليل الفعل يقتضى أن يكون لها سورة راتبة (وقال القاضى) خرج مسلم عن النعمان بن بشير ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقرأ فى العيدين وفى الجمعة بسبح اسم ربك الأعلى وهل أتاك حديث الغاشية قال فاذا اجتمع العيد والجمعة فى يوم واحد قرأ بهما فى الصلاتين وهذا يدل على أنه ليس هنالك سورة راتبة وان الجمعة ليس كان يقرأ بها دائما

(الفصل الرابع فى أحكام الجمعة)

وفى هذا الباب أربع مسائل الأولى فى حكم طهر الجمعة الثانية على من تجب ممن خارج المصر الثالثة فى وقت الرواح المرغب فيه الى الجمعة الرابعة فى جواز البيع يوم الجمعة بعد النداء

﴿ المسئلة الأولى ﴾ اختلفوا فى طهر الجمعة فذهب الجمهور الى انه سنة وذهب أهل الظاهر الى انه فرض ولا خلاف فيما أعلم انه ليس شرطا فى صحة الصلاة والسبب فى اختلافهم تعارض الآثار وذلك ان فى هذا الباب حديث أبى سعيد الخدرى وهو قوله عليه الصلاة والسلام طهر يوم الجمعة واجب على كل محتلم كطهر الجنابة وفيه حديث عائشة قالت كان الناس عمال أنفسهم فيروحون الى الجمعة بهيئتهم فقيل

لواغتسلتم والأول صحيح باتفاق والثانى خرجه أبو داود ومسلم وظاهر حديث أبى سعيد يقتضى وجوب الغسل وظاهر حديث عائشة ان ذلك كان لموضع النظافة وانه ليس عبادة وقد روى من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل فالغسل أفضل وهو نص فى سقوط فرضيته انه حديث ضعيف وأما وجوب الجمعة على من هو خارج المصر فان قوما قالوا لا تجب على من خارج المصر وقوم قالوا بل تجب وهؤلاء اختلفوا اختلافا كثيرا فنهم من قال من كان بينه و بين الجمعة مسيرة يوم وجب عليه الاتيان اليها وهو شاذ ومنهم من قال يجب عليه الاتيان اليها على ثلاثة أميال ومنهم من قال يجب عليه الاتيان من حيث يسمع النداء فى الأغلب وذلك من ثلاثة أميال من موضع النداء وهذان القولان عن مالك وهذه المسئلة تبقت فى شروط الوجوب وسبب اختلافهم فى هذا الباب اختلاف الآثار وذلك انه ورد ان الناس كانوا يأتون الجمعة من العوالى فى زمان النبى صلى الله عليه وسلم وذلك ثلاثة أميال من المدينة وروى أبو داود ان النبى عليه الصلاة والسلام قال الجمعة على من سمع النداء وروى الجمعة على من آواه الليل الى أهله وهو أثر ضعيف وأما اختلافهم فى الساعات التى وردت فى فضل الرواح وهو قوله عليه الصلاة والسلام من راح فى الساعة الاولى فكأنما قرب بدنة ومن راح فى الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة ومن راح فى الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشا ومن راح فى الساعة الرابعة فكأنما قرب دجاجة ومن راح فى الساعة الخامسة فكأنما قرب بيضة فان الشافعى وجماعة من العلماء اعتقدوا ان هذه الساعات هى ساعات النهار فندبوا الى الرواح من أول النهار وذهب مالك الى انها أجزاء ساعة واحدة قبل الزوال و بعده وقال قوم هى أجزاء ساعة قبل الزوال وهو الاظهر لوجوب السعى بعد الزوال الا على مذهب من يرى ان الواجب يدخله الفضيلة وأما اختلافهم فى البيع والشراء وقت النداء فان قوما قالوا يفسخ البيع اذا وقع وقت النداء وقوما قالوا لا يفسخ وسبب اختلافهم هل النهى عن الشئ الذى أصله مباح اذا تقيد النهى بصفة يعود بفساد المنهى عنه أم لا وآداب الجمعة ثلاث الطيب والسواك واللباس الحسن ولا خلاف فيه لورود الآثار بذلك

(الباب الرابع في صلاة السفر)

﴿وهذا الباب فيه فصلان الفصل الأول في القصر الفصل الثاني في الجمع﴾

(الفصل الاول في القصر)

والسفر له تأثير في القصر باتفاق وفي الجمع باختلاف أما القصر فانه اتفق العلماء على جواز قصر الصلاة للمسافر الا قول شاذ وهو قول عائشة وهو ان القصر لا يجوز الا للخائف لقوله تعالى ان خفتم أن يفتنكم الذين كفروا وقالوا ان النبي عليه الصلاة والسلام انما قصر لانه كان خائفا واختلفوا من ذلك في خمسة مواضع أحدها في حكم القصر والثاني في المسافة التي يجب فيها القصر والثالث في السفر الذي يجب فيه القصر والرابع في الموضع الذي يبدأ منه المسافر بالتقصير والخامس في مقدار الزمان الذي يجوز للمسافر فيه اذا أقام في موضع أن يقصر الصلاة فأما حكم القصر فانهم اختلفوا فيه على أربعة أقوال فمنهم من رأى ان القصر هو فرض المسافر المتعين عليه ومنهم من رأى ان القصر والاتمام كلاهما فرض مخير له كالخيار في واجب الكفارة ومنهم من رأى ان القصر سنة ومنهم من رأى انه رخصة وان الاتمام أفضل وبالقول الاول قال أبو حنيفة وأصحابه والكوفيون بأسرهم أعني انه فرض متعين وبالثاني قال بعض أصحاب الشافعي وبالثالث أعني انه سنة قال مالك في أشهر الروايات عنه وبالرابع أعني انه رخصة قال الشافعي في أشهر الروايات عنه وهو المنصور عند أصحابه والسبب في اختلافهم معارضة المعنى المعقول لصيغة اللفظ المنقول ومعارضة دليل الفعل أيضا للمعنى المعقول ولصيغة اللفظ المنقول وذلك ان المفهوم من قصر الصلاة للمسافر انما هو الرخصة لموضع المشقة كما رخص له في الفطر وفي أشياء كثيرة ويؤيد هذا حديث يعلى بن أمية قال قلت لعمر انما قال الله (ان خفتم أن يفتنكم الذين كفروا) يريد في قصر الصلاة في السفر فقال عمر عجبت مما عجبت منه فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عما سألتني عنه فقال صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته فمفهوم هذا الرخصة وحديث أبي قلابة عن رجل من بني عامر أنه أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له

النبي ان الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة وهما فى الصحيح وهذا
كله يدل على التخفيف والرخصة ورفع الحرج لا ان القصر هو الواجب ولا أنه سنة
وأما الأثر الذى يعارض بصيغته المعنى المعقول ومفهوم هذه الآثار فحديث عائشة
الثابت باتفاق قالت فرضت الصلاة ركعتين ركعتين فاقرت صلاة السفر وزيد
فى صلاة الحضر وأما دليل الفعل الذى يعارض المعنى المعقول ومفهوم الأثر
المنقول فانه ما نقل عنه عليه الصلاة والسلام من قصر الصلاة فى كل أسفاره
وأنه لم يصح عنه عليه الصلاة والسلام انه أتم الصلاة قط فمن ذهب الى أنه سنة
أو واجب مخير فانما حمله على ذلك انه لم يصح عنده أن النبي عليه الصلاة والسلام
أتم الصلاة وما هذا شأنه فقد يجب أن يكون أحد الوجهين أعنى اما واجبا مخيرا
واما أن يكون سنة واما أن يكون فرضا معينا لكن كونه فرضا معينا يعارضه
المعنى المعقول وكونه رخصة يعارضه اللفظ المنقول فوجب أن يكون واجبا
مخيرا أو سنة وكان هذا نوعا من طريق الجمع وقد اعتلوا لحديث عائشة بالمشهور
عنها من أنها كانت تتم وروى عطاء عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يتم
الصلاة فى السفر ويقصر ويصوم ويفطر ويؤخر الظهر ويعجل العصر ويؤخر
المغرب ويعجل العشاء ومما يعارضه أيضا حديث أنس وأبى نجيح المكى
قال اصطحب أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم فكان بعضهم يتم وبعضهم يقصر
وبعضهم يصوم وبعضهم يفطر فلا يعيب هؤلاء على هؤلاء ولا هؤلاء على هؤلاء
ولم يختلف فى اتمام الصلاة عن عثمان وعائشة فهذا هو اختلافهم فى الموضع الاول
وأما اختلافهم فى الموضع الثانى وهى المسافة التى يجوز فيها القصر فان العلماء
اختلفوا فى ذلك أيضا اختلافا كثيرا فذهب مالك والشافعى وأحمد وجماعة
كثيرة الى أن الصلاة تقصر فى أربعة برد وذلك مسيرة يوم بالسير الوسط وقال أبو
حنيفة وأصحابه والكوفيون أقل ما تقصر فيه الصلاة ثلاثة أيام وان القصر انما هو
لمن سار من أفق الى أفق وقال أهل الظاهر القصر فى كل سفر قريبا كان
أو بعيدا والسبب فى اختلافهم معارضة المعنى المعقول من ذلك اللفظ وذلك
أن المعقول من تأثير السفر فى القصر انه لما كان المشقة الموجودة فيه مثل

تأثيره فى الصوم واذا كان الامر على ذلك فيجب القصر حيث المشقة وأما من لا يراعى فى ذلك الا اللفظ فقط فقالوا قد قال النبى عليه الصلاة والسلام ان الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة فكل من انطلق عليه اسم مسافر جاز له القصر والفطر وأيدوا ذلك بما رواه مسلم عن عمر بن الخطاب أن النبى عليه الصلاة والسلام كان يقصر فى نحو السبعة عشر ميلا وذهب قوم الى خامس كما قلنا وهو ان القصر لا يجوز الا للخائف لقوله تعالى (ان خفتم أن يفتنكم الذين كفروا) وقد قيل انه مذهب عائشة وقالوا ان النبى انما قصر لأنه كان خائفا وأما اختلاف أولئك الذين اعتبروا المشقة فسببه اختلاف الصحابة فى ذلك وذلك ان مذهب الأربعة برد مروى عن ابن عمر وابن عباس رواه مالك ومذهب الثلاثة أيام مروى أيضا عن ابن مسعود وعثمان وغيرهما وأما الموضع الثالث وهو اختلافهم فى نوع السفر الذى تقصر فيه الصلاة فرأى بعضهم ان ذلك مقصور على السفر المتقرب به كالحج والعمرة والجهاد وممن قال بهذا القول أحمد ومنهم من أجازه فى السفر المباح دون سفر المعصية وبهذا القول قال مالك والشافعى ومنهم من أجازه فى كل سفر قربة كان أو مباحا أو معصية وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثورى وأبو ثور والسبب فى اختلافهم معارضة المعنى المعقول أو ظاهر اللفظ لدليل الفعل وذلك ان من اعتبر المشقة أو ظاهر لفظ السفر لم يفرق بين سفر وسفر وأما من اعتبر دليل الفعل قال انه لا يجوز الا فى السفر المتقرب به لأن النبى عليه الصلاة والسلام لم يقصر قط الا فى سفر متقرب به وأما من فرق بين المباح والمعصية فعلى جهة التغليظ والأصل فيه هل تجوز الرخص للعصاة أم لا وهذه مسئلة عارض فيها اللفظ المعنى فاختلف الناس فيها لذلك وأما الموضع الرابع وهو اختلافهم فى الموضع الذى منه يبدأ المسافر بقصر الصلاة فان مالكا قال فى الموطأ لا يقصر الصلاة الذى يريد السفر حتى يخرج من بيوت القرية ولا يتم حتى يدخل أوّل بيوتها وقد روى عنه انه لا يقصر اذا كانت قرية جامعة حتى يكون منها بنحو ثلاثة أميال وذلك عنده أقصى ما تجب فيه الجمعة على من كان خارج المصر فى احدى الروايتين عنه وبالقول الاوّل

قال الجمهور والسبب فى هذا الاختلاف معارضة مفهوم الاسم لدليل الفعل وذلك انه اذا شرع فى السفر فقد انطلق عليه اسم مسافر فمن راعى مفهوم الاسم قال اذا خرج من بيوت القرية قصر ومن راعى دليل الفعل أعنى فعله عليه الصلاة والسلام قال لا يقصر الا اذا خرج من بيوت القرية بثلاثة أميال لما صح من حديث أنس قال كان النبى صلى الله عليه وسلم اذا خرج مسيرة ثلاثة أميال أو ثلاثة فراسخ شعبة الشاك صلى ركعتين وأما اختلافهم فى الزمان الذى يجوز للمسافر اذا أقام فيه فى بلد أن يقصر فاختلاف كثير حكى فيه أبو عمر نحوا من أحد عشر قولا الا أن الأشهر منها هو ما عليه فقهاء الامصار ولهم فى ذلك ثلاثة أقوال أحدها مذهب مالك والشافعى انه اذا أزمع المسافر على اقامة أربعة أيام أتم والثانى مذهب أبى حنيفة وسفيان الثورى انه اذا أزمع على اقامة خمسة عشر يوما أتم والثالث مذهب أحمد وداود انه اذا أزمع على أكثر من أربعة أيام أتم وسبب الخلاف انه أمر مسكوت عنه فى الشرع والقياس على التحديد ضعيف عند الجميع ولذلك رام هؤلاء كلهم أن يستدلوا لمذهبهم من الأحوال التى نقلت عنه عليه الصلاة والسلام انه أقام فيها مقصرا أو انه جعل لها حكم المسافر فالفريق الاول احتجوا لمذهبهم بما روى أنه عليه الصلاة والسلام أقام بمكة ثلاثا يقصر فى عمرته وهذا ليس فيه حجة على انه النهاية للتقصير وانما فيه حجة على انه يقصر فى الثلاثة فما دونها والفريق الثانى احتجوا لمذهبهم بما روى انه أقام بمكة عام الفتح مقصرا وذلك نحوا من خمسة عشر يوما فى بعض الروايات وقد روى سبعة عشر يوما وثمانية عشر يوما وتسعة عشر يوما رواه البخارى عن ابن عباس وبكل قال فريق والفريق الثالث احتجوا بمقامه فى حجه بمكة مقصرا أربعة أيام وقد احتجت المالكية لمذهبها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل للمهاجر مقام ثلاثة أيام بمكة بعد قضاء نسكه فدل هذا عندهم على أن اقامة ثلاثة أيام ليست تسلب عن المقيم فيها اسم السفر وهى النكتة التى ذهب الجميع اليها وراموا استنباطها من فعله عليه الصلاة والسلام أعنى متى يرتفع عنه بقصد الاقامة اسم السفر ولذلك اتفقوا على انه ان كانت الاقامة مدة لا يرتفع فيها عنه اسم

السفر بحسب رأى واحد منهم فى تلك المدة وعاقه عائق عن السفر انه يقصر أبدا وان أقام ماشاء الله ومن راعى الزمان الاقل من مقامه تأول مقامه فى الزمان الاكثر مما ادعاه خصمه على هذه الجهة فقالت المالكية مثلا ان الخمسة عشر يوما التى أقامها عليه الصلاة والسلام عام الفتح انما أقامها وهو أبدا ينوى انه لا يقيم أربعة أيام وهذا بعينه يلزمهم فى الزمان الذى حدوه والأشبه بالمجتهد فى هذا أن يسلك أحد أمرين اما أن يجعل الحكم لأكثر الزمان الذى روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه أقام فيه مقصرا ويجعل ذلك حدا من جهة ان الاصل هو الاتمام فوجب ألا يزاد على هذا الزمان الا بدليل أو يقول ان الاصل فى هذا هو أقل الزمان الذى وقع عليه الاجماع وما ورد من أنه عليه الصلاة والسلام أقام مقصرا أكثر من ذلك الزمان فيحتمل أن يكون أقامه لانه جائز للمسافر ويحتمل أن يكون أقامه بنية الزمان الذى يجوز اقامته فيه مقصرا باتفاق فعرض له ان أقام أكثر من ذلك واذا كان الاحتمال وجب التمسك بالاصل وأقل ماقيل فى ذلك يوم وليلة وهو قول ربيعة بن أبى عبد الرحمن وروى عن الحسن البصرى ان المسافر يقصر أبدا الا أن يقدم مصرا من الامصار وهذا بناء على ان اسم السفر واقع عليه حتى يقدم مصرا من الامصار فهذه أمهات المسائل التى تتعلق بالقصر

(الفصل الثانى فى الجمع)

وأما الجمع فانه يتعلق به مسائل ثلاثة أحدها جوازه والثانية فى صفة الجمع والثالثة فى مبيحات الجمع أما جوازه فانهم أجمعوا على ان الجمع بين الظهر والعصر فى وقت الظهر بعرفة سنة وبين المغرب والعشاء بالمزدلفة أيضا فى وقت العشاء سنة أيضا واختلفوا فى الجمع فى غير هذين المكانين فأجازه الجمهور على اختلاف بينهم فى المواضع التى يجوز فيها من التى لا يجوز ومنعه أبو حنيفة وأصحابه باطلاق وسبب اختلافهم أولا اختلافهم فى تأويل الآثار التى رويت فى الجمع والاستدلال منها على جواز الجمع لأنها كلها أفعال وليست أقوالا والأفعال يتطرق الاحتمال اليها كثيرا أكثر من تطرقه الى اللفظ وثانيا اختلافهم أيضا فى تصحيح بعضها وثالثا اختلافهم أيضا فى اجازة القياس فى ذلك فهى ثلاثة أسباب كما ترى أما الآثار التى اختلفوا فى تأويلها فمنها حديث

أنس الثابت باتفاق أخرجه البخاري ومسلم قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم
اذا ارتحل قبل أن تزيغ الشمس أخر الظهر الى وقت العصر ثم نزل فجمع بينهما فان
زاغت الشمس قبل أن يرتحل صلى الظهر ثم ركب ومنها حديث ابن عمر أخرجه
الشيخان أيضا قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا عجل به السير فى السفر
يؤخر المغرب حتى يجمع بينها وبين العشاء والحديث الثالث حديث ابن عباس
خرجه مالك ومسلم قال صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم الظهر والعصر جميعا والمغرب
والعشاء جميعا فى غير خوف ولا سفر فذهب القائلون بجواز الجمع فى تأويل هذه
الاحاديث الى انه أخر الظهر الى وقت العصر المختص بها وجمع بينهما وذهب
الكوفيون الى أنه انما أوقع صلاة الظهر فى آخر وقتها وصلاة العصر فى أول وقتها
على ما جاء فى حديث امامة جبريل قالوا وعلى هذا يصح حمل حديث ابن عباس لانه قد
انعقد الاجماع أنه لا يجوز هذا فى الحضر لغير عذر أعنى أن تصلى الصلاتان معا فى وقت
احداهما واحتجوا لتأويلهم أيضا بحديث ابن مسعود قال والذى لا اله غيره ما صلى
رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة قط الا فى وقتها الا صلاتين جمع بين الظهر والعصر
بعرفة وبين المغرب والعشاء بجمع قالوا وأيضا فهذه الآثار محتملة أن تكون على
ما تأولناه نحن أو تأولتموه أنتم وقد صح توقيت الصلاة وتبيانها فى الاوقات فلا يجوز
أن تنتقل عن أصل ثابت بأمر محتمل وأما الاثر الذى اختلفوا فى تصحيحه فما رواه
مالك من حديث معاذ بن جبل انهم خرجوا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام تبوك
فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجمع بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء
قال فأخر الصلاة يوما ثم خرج فصلى الظهر والعصر جميعا ثم دخل ثم خرج فصلى المغرب
والعشاء جميعا وهذا الحديث لو صح لكان من تلك الاحاديث فى اجازة الجمع لان
ظاهره انه قدم العشاء الى وقت المغرب وان كان لهم أن يقولوا انه أخر المغرب الى آخر
وقتها وصلى العشاء فى أول وقتها لانه ليس فى الحديث أمر مقطوع به على ذلك بل لفظ
الراوى محتمل وأما اختلافهم فى اجازة القياس فى ذلك فهو أن يلحق سائر الصلوات
فى السفر بصلاة عرفة والمزدلفة أعنى أن يجاز الجمع قياسا على تلك فيقال مثلا صلاة
وجبت فى سفر فجاز أن تجمع أصله جمع الناس بعرفة والمزدلفة وهو مذهب سالم بن عبد

الله أعني جواز هذا القياس لكن القياس فى العبادات يضعف فهذه هى أسباب الخلاف الواقع فى جواز الجمع

﴿واما المسئلة الثانية﴾ وهى صورة الجمع فاختلف فيه أيضا القائلون بالجمع أعنى فى السفر فنهم رأى ان الاختيار أن تؤخر الصلاة الاولى وتصلى مع الثانية وان جمعتا معا فى أول وقت الاولى جاز وهى احدى الروايتين عن مالك ومنهم من سوى بين الامرين أعنى أن يقدم الآخرة الى وقت الاولى أو يعكس الامر وهو مذهب الشافعى وهى رواية أهل المدينة عن مالك والاولى رواية ابن القاسم عنه وانما كان الاختيار عند مالك هذا النوع من الجمع لانه الثابت من حديث أنس ومن سوى بينهما فصيرا الى انه لا يرجح بالعدالة أعنى انه لا تفضل عدالة عدالة فى وجوب العمل بها ومعنى هذا انه اذا صح حديث معاذ وجب العمل به كما وجب بحديث أنس اذا كان رواة الحديثين عدولا وان كان رواة أحد الحديثين أعدل

﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ وهى الاسباب المبيحة للجمع فاتفق القائلون بجواز الجمع على ان السفر منها واختلفوا فى الجمع فى الحضر وفى شروط السفر المبيح له وذلك ان السفر منهم من جعله سببا مبيحا للجمع أى سفر كان وبأى صفة كان ومنهم من اشترط فيه ضربا من السير ونوعا من أنواع السفر فأما الذى اشترط فيه ضربا من السير فهو مالك فى رواية ابن القاسم عنه وذلك انه قال لا يجمع المسافر الا أن يجد به السير ومنهم من لم يشترط ذلك وهو الشافعى وهى احدى الروايتين عن مالك ومن ذهب هذا المذهب فانما راعى قول ابن عمر كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا عجل به السير الحديث ومن لم يذهب هذا المذهب فانما راعى ظاهر حديث أنس وغيره وكذلك اختلفوا كما قلنا فى نوع السفر الذى يجوز فيه الجمع فنهم من قال هو سفر القربة كالحج والغزو وهو ظاهر رواية ابن القاسم ومنهم من قال هو السفر المباح دون سفر المعصية وهو قول الشافعى وظاهر رواية المدنيين عن مالك والسبب فى اختلافهم فى هذا هو السبب فى اختلافهم فى السفر الذى تقصر فيه الصلاة وان كان هنالك التعميم لان القصر نقل قولا وفعلا والجمع انما نقل فعلا فقط فمن اقتصر به على نوع السفر الذى جمع فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجزه فى غيره ومن فهم منه الرخصة للمسافر عداه الى

غيره من الاسفار وأما الجمع في الحضر لغير عذر فان مالكا وأكثر الفقهاء لا يجيزونه
واجاز ذلك جماعة من اهل الظاهر وأشهب من أصحاب مالك وسبب اختلافهم
اختلافهم في مفهوم حديث ابن عباس فنهم من تأوله على انه كان في مطر كما قال مالك
ومنهم من أخذ بعمومه مطلقا وقد خرج مسلم زيادة في حديثه وهو قوله عليه الصلاة
والسلام في غير خوف ولا سفر ولا مطر وبهذا تمسك أهل الظاهر وأما الجمع في الحضر
لعذر المطر فأجازه الشافعي ليلا كان أو نهارا ومنعه مالك في النهار وأجازه في الليل
وأجازه أيضا في الطين دون المطر في الليل وقد عذل الشافعي مالكا في تفريقه من
صلاة النهار في ذلك وصلاة الليل لانه روى الحديث وتأوله أعنى خصص عمومه من
جهة القياس وذلك انه قال في قول ابن عباس جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين
الظهر والعصر والمغرب والعشاء في غير خوف ولا سفر أرى ذلك كان في مطر قال
فلم يأخذ بعموم الحديث ولا بتأويله أعنى تخصيصه بل رد بعضه وتأول بعضه وذلك
شيء لا يجوز باجماع وذلك انه لم يأخذ بقوله فيه جمع بين الظهر والعصر وأخذ بقوله
والمغرب والعشاء وتأوله وأحسب ان مالكا رحمه الله انما رد بعض هذا الحديث لانه
عارضه العمل فأخذ منه بالبعض الذى لم يعارضه العمل وهو الجمع في الحضر بين
المغرب والعشاء على ما روى ان ابن عمر كان اذا جمع الأمراء بين المغرب والعشاء جمع
معهم لكن النظر في هذا الاصل الذى هو العمل كيف يكون دليلا شرعيا فيه نظر
فان متقدمى شيوخ المالكية كانوا يقولون انه من باب الاجماع وذلك لا وجه له
فان اجماع البعض لا يحتج به وكان متأخروهم يقولون انه من باب نقل التواتر
ويحتجون في ذلك بالصاع وغيره مما نقله أهل المدينة خلفا عن سلف والعمل انما
هو فعل والفعل لا يفيد التواتر الا أن يقترن بالقول فان التواتر طريقه الخبر لا العمل
وبان جعل الافعال تفيد التواتر عسير بل لعله ممنوع والاشبه عندى أن يكون من
باب عموم البلوى الذى يذهب اليه أبو حنيفة وذلك انه لا يجوز أن يكون أمثال هذه
السنن مع تكررها وتكرر وقوع أسبابها غير منسوخة ويذهب العمل بها على أهل
المدينة الذين تلقوا العمل بالسنن خلفا عن سلف وهو أقوى من عموم البلوى الذى
يذهب اليه أبو حنيفة لان أهل المدينة أحرى أن لا يذهب ذلك عليهم من غيرهم

من الناس الذين يعتبرهم أبو حنيفة فى طريق النقل و بالجملة العمل لايشك انه قرينة اذا اقترنت بالشئ المنقول ان وافقته أفادت به غلبة ظن وان خالفته أفادت به ضعف ظن فاما هل تبلغ هذه القرينة مبلغا ترد بها أخبار الآحاد الثابتة ففيه نظر وعسى انها تبلغ فى بعض ولا تبلغ فى بعض لتفاضل الأشياء فى شدة عموم البلوى بها وذلك انه كلما كانت السنة الحاجة اليها أمس وهى كثيرة التكرار على المكلفين كان نقلها من طريق الآحاد من غير أن ينتشر قولا أو عملا فيه ضعف وذلك انه يوجب ذلك أحد أمرين اما أنها منسوخة واما أن النقل فيه اختلال وقد بين ذلك المتكلمون كأبى المعالى وغيره. وأما الجمع فى الحضر للمريض فان مالكا أباحه له اذا خاف أن يغمى عليه أو كان به بطن ومنع ذلك الشافعى والسبب فى اختلافهم هو اختلافهم فى تعدى علة الجمع فى السفر أعنى المشقة فمن طرد العلة رأى ان هذا من باب الأولى والأحرى وذلك ان المشقة على المريض فى أفراد الصلوات أشد منها على المسافر ومن لم يعد هذه العلة وجعلها كما يقولون قاصرة أى خاصة بذلك الحكم دون غيره لم يجز ذلك

(الباب الخامس من الجملة الثالثة وهو القول فى صلاة الخوف)

اختلف العلماء فى جواز صلاة الخوف بعد النبى عليه الصلاة والسلام وفى صفتها فأكثر العلماء على ان صلاة الخوف جائزة لعموم قوله تعالى (واذا ضربتم فى الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا) الآية ولما ثبت ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام وعمل الأئمة والخلفاء بعده بذلك وشذ أبو يوسف من أصحاب أبى حنيفة فقال لا تصلى صلاة الخوف بعد النبى صلى الله عليه وسلم بامام واحد وانما تصلى بعده بامامين يصلى واحد منهما بطائفة ركعتين ثم يصلى الآخر بطائفة أخرى وهى الحارسة ركعتين أيضا وتحرس التى قد صلت والسبب فى اختلافهم هل صلاة النبى بأصحابه صلاة الخوف هى عبادة أو هى لمكان فضل النبى صلى الله عليه وسلم فمن رأى انها عبادة لم ير انها خاصة بالنبى عليه الصلاة والسلام ومن رآها لمكان فضل النبى عليه الصلاة والسلام رآها خاصة بالنبى عليه الصلاة والسلام والا فقد كان ممكنا أن ينقسم الناس على امامين وانما كان ضرورة اجتماعهم على امام واحد خاصة من خواص النبى عليه الصلاة والسلام وتأيد عنده هذا التأويل بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى (واذا كنت فيهم فأقمت

لهم الصلاة) الآية ومفهوم الخطاب انه اذا لم يكن فيهم فالحكم غير هذا الحكم وقد ذهبت طائفة من فقهاء الشام الى ان صلاة الخوف تؤخر عن وقت الخوف الى وقت الامن كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الخندق والجمهور على ان ذلك الفعل يوم الخندق كان قبل نزول صلاة الخوف وانه منسوخ بها وأما صفة صلاة الخوف فان العلماء اختلفوا فيها اختلافا كثيرا لاختلاف الآثار في هذا الباب أعني المنقولة من فعله صلى الله عليه وسلم في صلاة الخوف والمشهور من ذلك سبع صفات فمن ذلك ما أخرجه مالك ومسلم من حديث صالح بن خوات عمن صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم ذات الرقاع صلاة الخوف أن طائفة صفت معه وصفت طائفة وجاه العدو فصلى بالتي معه ركعة ثم ثبت قائما وأتموا لأنفسهم ثم انصرفوا وجاه العدوّ وجاءت الطائفة الاخرى فصلى بهم الركعة التي بقيت من صلاتهم ثم ثبت جالسا وأتموا لأنفسهم ثم سلم بهم وبهذا الحديث قال الشافعي وروى مالك هذا الحديث بعينه عن القاسم ابن محمد عن صالح بن خوات موقوفا كمثل حديث يزيد بن رومان انه لما قضى الركعة بالطائفة الثانية سلم ولم ينتظرهم حتى يفرغوا من الصلاة واختار مالك هذه الصفة فالشافعي آثر المسند على الموقوف ومالك آثر الموقوف لانه أشبه بالاصول أعني أن لا يجلس (٣) الامام حتى تفرغ الطائفة الثانية من صلاتها لأن الامام متبوع لا متبع وغير مختلف عليه والصفة الثالثة ما ورد في حديث أبي عبيدة بن عبد الله ابن مسعود عن أبيه رواه الثوري وجماعة وخرجه أبو داود قال صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف بطائفة وطائفة مستقبلو العدوّ فصلى بالذين معه ركعة وسجدتين وانصرفوا ولم يسلموا فوقفوا بازاء العدوّ ثم جاء الآخرون فقاموا معه فصلى بهم ركعة ثم سلم فقام هؤلاء فصلوا لأنفسهم ركعة ثم سلموا وذهبوا فقاموا مقام أولئك مستقبلي العدوّ ورجع أولئك الى مراتبهم فصلوا لأنفسهم ركعة ثم سلموا وبهذه الصفة قال أبو حنيفة وأصحابه ما خلا أبا يوسف على ما تقدم والصفة الرابعة الواردة في حديث أبي عياش الزرقي قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بعسفان وعلى المشركين خالد ابن الوليد فصلينا الظهر فقال المشركون لقد أصبنا غفلة لو كنا حملنا

(٣) قوله يجلس لعله يسلم كما يظهر من سابقه اهـ مصححه

عليهم وهم فى الصلاة فأنزل الله آية القصر بين الظهر والعصر فلما حضرت العصر قام رسول الله صلى الله عليه وسلم مستقبل القبلة والمشركون امامه فصلى خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم صف واحد وصف بعد ذلك صف آخر فركع رسول الله صلى الله عليه وسلم وركعوا جميعا ثم سجد وسجد الصف الذى يليه وقام الآخر يحرسونهم فلما صلى هؤلاء سجدتين وقاموا سجد الآخرون الذين كانوا خلفه ثم تأخر الصف الذى يليه الى مقام الآخرين وتقدم الصف الآخر الى مقام الصف الأول ثم ركع رسول الله صلى الله عليه وسلم وركعوا جميعا ثم سجد وسجد الصف الذى يليه وقام الآخرون يحرسونهم فلما جلس رسول الله صلى الله عليه وسلم والصف الذى يليه سجد الآخرون ثم جلسوا جميعا فسلم بهم جميعا وهذه الصلاة صلاها بعسفان وصلاها يوم بنى سليم قال أبو داود وروى هذا عن جابر وعن ابن عباس وعن مجاهد وعن أبى موسى وعن هشام ابن عروة عن أبيه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال وهو قول الثورى وهو أحوطها يريد انه ليس فى هذه الصفة كبير عمل مخالف لأفعال الصلاة المعروفة وقال بهذه الصفة جملة من أصحاب مالك وأصحاب الشافعى وخرجها مسلم عن جابر وقال جابر كما يصنع حرسكم هؤلاء بأمرائكم والصفة الخامسة الواردة فى حديث حذيفة قال ثعلبة بن زهدم قال كنا مع سعيد بن العاصى بطبرستان فقام فقال أيكم صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف قال حذيفة أنا فصلى بهؤلاء ركعة وبهؤلاء ركعة ولم يقضوا شيأ وهذا مخالف للاصل مخالفة كثيرة وخرج أيضا عن ابن عباس فى معناه انه قال الصلاة على لسان نبيكم فى الحضر أربع وفى السفر ركعتان وفى الخوف ركعة واحدة وأجاز هذه الصفة الثورى والصفة السادسة الواردة فى حديث أبى بكرة وحديث جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه صلى بكل طائفة من الطائفتين ركعتين ركعتين وبه كان يفتى الحسن وفيه دليل على اختلاف نية الامام والمأموم لكونه متما وهم مقصرون خرجه مسلم عن جابر والصفة السابعة الواردة فى حديث ابن عمر عن النبى عليه الصلاة والسلام انه كان اذا سئل عن صلاة الخوف قال يتقدم الامام وطائفة من الناس فيصلى بهم ركعة وتكون طائفة منهم بينه وبين العدو لم يصلوا فاذا صلى الذين معه ركعة استأخروا مكان الذين لم يصلوا ولا يسلمون ويتقدم الذين

لم يصلوا فيصلون معه ركعة ثم ينصرف الامام وقد صلى ركعتين تتقدم كل واحدة من الطائفتين فيصلون لأنفسهم ركعة ركعة بعد أن ينصرف الامام فتكون كل واحدة من الطائفتين قد صلت ركعتين فان كان خوف أشد من ذلك صلوا رجالا قياما على أقدامهم أو ركبانا مستقبلي القبلة أو غير مستقبليها وممن قال بهذه الصفة أشهب عن مالك وجماعة وقال أبو عمر الحجة لمن قال بحديث ابن عمر هذا انه ورد بنقل الأئمة أهل المدينة وهم الحجة فى النقل على من خالفهم وهى أيضا مع هذا أشبه بالاصول لأن الطائفة الاولى والثانية لم يقضوا الركعة الا بعد خروج رسول الله صلى الله عليه وسلم من الصلاة وهو المعروف من سنة القضاء المجتمع عليها فى سائر الصلوات وأكثر العلماء على ما جاء فى هذا الحديث من انه اذا اشتد الخوف جاز أن يصلوا مستقبلي القبلة وغير مستقبليها وايماء من غير ركوع ولا سجود وخالف فى ذلك أبو حنيفة فقال لا يصلى الخائف الا الى القبلة ولا يصلى أحد فى حال المسايفة وسبب الخلاف فى ذلك مخالفة هذا الفعل للاصول وقد رأى قوم أن هذه الصفات كلها جائزة وان للمكلف أن يصلى أيتها أحب وقد قيل ان هذا الاختلاف انما كان بحسب اختلاف المواطن

(الباب السادس من الجملة الثالثة فى صلاة المريض)

وأجمع العلماء على أن المريض مخاطب باداء الصلاة وانه يسقط عنه فرض القيام اذا لم يستطعه ويصلى جالسا وكذلك يسقط عنه فرض الركوع والسجود اذا لم يستطعهما أو أحدهما ويومئ مكانهما واختلفوا فيمن له أن يصلى جالسا وفى هيئة الجلوس وفى هيئة الذى لا يقدر على الجلوس ولا على القيام فأما من له ان يصلى جالسا فان قوما قالوا هذا الذى لا يستطيع القيام أصلا وقوم قالوا هو الذى يشق عليه القيام من المرض وهو مذهب مالك وسبب اختلافهم هو هل يسقط فرض القيام مع المشقة أو مع عدم القدرة وليس فى ذلك نص وأما صفة الجلوس فان قوما قالوا يجلس متربعا أعنى الجلوس الذى هو بدل من القيام وكره ابن مسعود الجلوس متربعا فمن ذهب الى التربيع فلا فرق بينه وبين جلوس التشهد ومن كرهه فلانه ليس من جلوس الصلاة وأما صفة صلاة الذى لا يقدر على القيام ولا على الجلوس فان قوما قالوا يصلى مضطجعا وقوم قالوا يصلى كيفما تيسر له وقوم قالوا يصلى مستقبلا رجلاه الى الكعبة وقوم قالوا

ان لم يستطع الجلوس صلى على جنبه فان لم يستطع على جنبه صلى مستلقيا ورجلاه الى القبلة على قدر طاقته وهو الذى اختاره ابن المنذر ﴿الجملة الرابعة﴾ وهذه الجملة تشتمل من أفعال الصلاة على التى ليست أداء وهذه هى اما اعادة واما قضاء واما جبر لما زاد أو نقص بالسجود ففى هذه الجملة اذا ثلاثة أبواب. الباب الأول فى الاعادة الباب الثانى فى القضاء الباب الثالث فى الجبران الذى يكون بالسجود

(الباب الأوّل)

وهذا الباب الكلام فيه فى الأسباب التى تقتضى الاعادة وهى مفسدات الصلاة واتفقوا على أن من صلى بغير طهارة انه يجب عليه الاعادة عمدا كان أو نسيانا وكذلك من صلى لغير القبلة عمدا كان ذلك أو نسيانا وبالجملة فكل من أخل بشرط من شروط صحة الصلاة وجبت عليه الاعادة وانما يختلفون من أجل اختلافهم فى الشروط المصححة وههنا مسائل تتعلق بهذا الباب خارجة عما ذكر من فروض الصلاة اختلفوا فيها فمنها انهم اتفقوا على أن الحدث يقطع الصلاة واختلفوا هل يقتضى الاعادة من أولها اذا كان قد ذهب منها ركعة أو ركعتان قبل طرو الحدث أم يبنى على ما قد مضى من الصلاة فذهب الجمهور الى انه لا يبنى لا فى حدث ولا فى غيره مما يقطع الصلاة الا فى الرعاف فقط ومنهم من رأى أنه لا يبنى لا فى الحدث ولا فى الرعاف وهو الشافعى وذهب الكوفيون الى انه يبنى فى الاحداث كلها وسبب اختلافهم أنه لم يرد فى جواز ذلك أثر عن النبى عليه الصلاة والسلام وانما صح عن ابن عمر انه رعف فى الصلاة فبنى ولم يتوضأ فمن رأى أن هذا الفعل من الصحابى يجرى مجرى التوقيف اذ ليس يمكن ان يفعل مثل هذا بقياس أجاز الفعل ومن كان عنده من هؤلاء أن الرعاف ليس بحدث أجاز البناء فى الرعاف فقط ولم يعده لغيره وهو مذهب مالك ومن كان عنده انه حدث أجاز البناء فى سائر الاحداث قياسا على الرعاف ومن رأى أن مثل هذا لا يجب ان يصار اليه الا بتوقيف من النبى عليه الصلاة والسلام اذ قد انعقد الاجماع على أن المصلى اذا انصرف الى غير القبلة انه قد خرج من الصلاة وكذلك اذا فعل فيها فعلا كثيرا لم يجز البناء لا فى الحدث ولا فى الرعاف

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف العلماء هل يقطع الصلاة مرور شئ بين يدى المصلى اذا صلى لغير سترة أو مر بينه و بين السترة فذهب الجمهور الى انه لا يقطع الصلاة شئ وانه ليس عليه اعادة وذهبت طائفة الى انه يقطع الصلاة المرأة والحمار والكلب الاسود وسبب هذا الخلاف معارضة القول للفعل وذلك انه خرج مسلم عن أبى ذر انه عليه الصلاة والسلام قال يقطع الصلاة المرأة والحمار والكلب الاسود وخرج مسلم والبخارى عن عائشة انها قالت لقد رأيتنى بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم معترضة كاعتراض الجنازة وهو يصلى وروى مثل قول الجمهور عن على وعن أبى ولا خلاف بينهم فى كراهية المرور بين يدى المنفرد والامام اذا صلى لغير سترة أو مر بينه و بين السترة ولم يروا بأسا ان يمر خلف السترة وكذلك لم يروا بأسا ان يمر بين يدى المأموم لثبوت حديث ابن عباس وغيره قال أقبلت راكبا على أتان وأنا يومئذ قد ناهزت الاحتلام ورسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى بالناس فمررت بين يدى بعض الصفوف فنزلت وأرسلت الاتان ترتع ودخلت فى الصف فلم ينكر ذلك على أحد وهذا عندهم يجرى مجرى المسند وفيه نظر وانما اتفق الجمهور على كراهية المرور بين يدى المصلى لما جاء فيه من الوعيد فى ذلك ولقوله عليه الصلاة والسلام فيه فليقاتله فانما هو شيطان

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلفوا فى النفخ فى الصلاة على ثلاثة أقوال فقوم كرهوه ولم يروا الاعادة على من فعله وقوم أوجبوا الاعادة على من نفخ وقوم فرقوا بين أن يسمع أولا يسمع وسبب اختلافهم تردد النفخ بين أن يكون كلاما أولا يكون كلاما

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ اتفقوا على ان الضحك يقطع الصلاة واختلفوا فى التبسم وسبب اختلافهم تردد التبسم بين ان يلحق بالضحك أولا يلحق به

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ اختلفوا فى صلاة الحاقن فاكثر العلماء يكرهون أن يصلى الرجل وهو حاقن لما روى من حديث زيد بن أرقم قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا أراد أحدكم الغائط فليبدأ به قبل الصلاة ولما روى عن عائشة عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال لا يصلى أحدكم بحضرة الطعام ولا وهو يدافعه الأخبثان يعنى الغائط والبول ولما ورد من النهى عن ذلك عن عمر أيضا وذهب قوم

الى ان صلاته فاسدة وانه يعيد وروى ابن القاسم عن مالك مايدل على ان صلاة الحاقن فاسدة وذلك انه روى عنه انه أمره بالاعادة فى الوقت وبعد الوقت والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى النهى هل يدل على فساد المنهى عنه أم ليس يدل على فساده وانما يدل على تأثيم من فعله فقط اذا كان أصل الفعل الذى تعلق النهى به واجبا أو جائزا وقد تمسك القائلون بفساد صلاته بحديث رواه الشاميون منهم من يجعله عن ثوبان ومنهم من يجعله عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال لايحل لمؤمن أن يصلى وهو حاقن جدا قال أبو عمر بن عبد البر هو حديث ضعيف السند لاحجة فيه

﴿ المسئلة السادسة ﴾ اختلفوا فى رد سلام المصلى على من سلم عليه فرخصت فيه طائفة منهم سعيد بن المسيب والحسن بن أبى الحسن البصرى وقتادة ومنع ذلك قوم بالقول وأجازوا الرد بالاشارة وهو مذهب مالك والشافعى ومنع آخرون رده بالقول والاشارة وهو مذهب النعمان وأجاز قوم الرد فى نفسه وقوم قالوا يرد اذا فرغ من الصلاة والسبب فى اختلافهم هل رد السلام من نوع التكلم فى الصلاة المنهى عنه أم لا فمن رأى انه من نوع الكلام المنهى عنه وخصص الامر برد السلام فى قوله تعالى (واذا حييتم بتحية فحيوا باحسن منها) الآية باحاديث النهى عن الكلام فى الصلاة قال لايجوز الرد فى الصلاة ومن رأى انه ليس داخلا فى الكلام المنهى عنه أو خصص أحاديث النهى بالامر برد السلام أجازه فى الصلاة قال أبو بكر بن المنذر ومن قال لايرد ولا يشير فقد خالف السنة فانه قد أخبر خبيب أن النبى عليه الصلاة والسلام رد على الذين سلموا عليه وهو فى الصلاة باشارة

(الباب الثانى فى القضاء)

والكلام فى هذا الباب على من يجب القضاء وفى صفة أنواع القضاء وفى شروطه فاما على من يجب القضاء فاتفق المسلمون على انه يجب على الناسى والنائم واختلفوا فى العامد والمغمى عليه وانما اتفق المسلمون على وجوب القضاء على الناسى والنائم لثبوت قوله عليه الصلاة والسلام وفعله وأعنى بقوله عليه الصلاة والسلام رفع القلم عن ثلاث فذكر النائم وقوله اذا نام أحدكم عن الصلاة أو نسيها فليصلها اذا ذكرها وماروى انه نام عن الصلاة حتى خرج وقتها فقضاها وأما تاركها عمدا حتى يخرج الوقت فان الجمهور

على انه آثم وان القضاء عليه واجب وذهب بعض أهل الظاهر الى انه لا يقضى وانه آثم وأحد من ذهب الى ذلك أبو محمد بن حزم وسبب اختلافهم فى شيئين أحدهما فى جواز القياس فى الشرع والثانى فى قياس العامد على الناسى اذا سلم جواز القياس فمن رأى انه اذا وجب القضاء على الناسى الذى قد عذره الشرع فى أشياء كثيرة فالمتعمد أحرى ان يجب عليه لانه غير معذور أوجب القضاء عليه ومن رأى أن الناسى والعامد ضدان والاضداد لا يقاس بعضها على بعض اذ أحكامها مختلفة وانما تقاس الاشباه لم يجز قياس العامد على الناسى والحق فى هذا انه اذا جعل الوجوب من باب التغليظ كان القياس سائغا وأما ان جعل من باب الرفق بالناسى والعذر له وأن لا يفوته ذلك الخير فالعامد فى هذا ضد الناسى والقياس غير سائغ لان الناسى معذور والعامد غير معذور والاصل أن القضاء لا يجب بامر الاداء وانما يجب بامر مجدد على ما قال المتكلمون لان القاضى قد فاته أحد شروط التمكن من وقوع الفعل على صحته وهو الوقت اذ كان شرطا من شروط الصحة والتأخير عن الوقت فى قياس التقديم عليه لكن قد ورد الاثر بالناسى والنائم وتردد العامد بين أن يكون شبيها أو غير شبيه والله الموفق للحق وأما المغمى عليه فان قوما أسقطوا عنه القضاء فيما ذهب وقته وقوم أوجبوا عليه القضاء ومن هؤلاء من اشترط القضاء فى عدد معلوم وقالوا يقضى فى الخمس فما دونها والسبب فى اختلافهم تردده بين النائم والمجنون فمن شبهه بالنائم أوجب عليه القضاء ومن شبهه بالمجنون أسقط عنه الوجوب وأما صفة القضاء فان القضاء نوعان قضاء لجملة الصلاة وقضاء لبعضها أما قضاء الجملة فالنظر فيه فى صفة القضاء وشروطه ووقته فاما صفة القضاء فهى بعينها صفة الاداء اذا كانت الصلاتان فى صفة واحدة من الفرضية وأما اذا كانت فى أحوال مختلفة مثل أن يذكر صلاة حضرية فى سفر أو صلاة سفرية فى حضر فاختلفوا فى ذلك على ثلاثة أقوال فقوم قالوا انما يقضى مثل الذى عليه ولم يراعوا الوقت الحاضر وهو مذهب مالك وأصحابه وقوم قالوا انما يقضى أبدا أربعا سفرية كانت المنسية أو حضرية فعلى رأى هؤلاء ان ذكر فى السفر حضرية صلاة حضرية وان ذكر فى الحضر سفرية صلاها حضرية وهو مذهب الشافعى وقال قوم انما يقضى أبدا فرض الحال التى هو فيها فيقضى الحضرية فى السفر سفرية والسفرية فى الحضر

حضرية فمن شبه القضاء بالاداء راعى الحال الحاضرة وجعل الحكم لها قياسا على المريض يتذكر صلاة نسيها فى الصحة أو الصحيح يتذكر صلاة نسيها فى المرض أعنى أن فرضه هو فرض الصلاة فى الحال الحاضرة ومن شبه القضاء بالديون أوجب للمقضية صفة المنسية وأما من أوجب أن يقضى أبدا حضرية فراعى الصفة فى أحدهما والحال فى الأخرى أعنى انه اذا ذكر الحضرية فى السفر راعى صفة المقضية واذا ذكر السفرية فى الحضر راعى الحال وذلك اضطراب جار على غير قياس الا أن يذهب مذهب الاحتياط وذلك يتصور فيمن يرى القصر رخصة وأما شروط القضاء ووقته فان من شروطه الذى اختلفوا فيه الترتيب وذلك انهم اختلفوا فى وجوب الترتيب فى قضاء المنسيات أعنى وجوب ترتيب المنسيات مع الصلاة الحاضرة الوقت وترتيب المنسيات بعضها مع بعض اذا كانت أكثر من صلاة واحدة فذهب مالك الى أن الترتيب واجب فيها فى الخمس صلوات فادونها وانه يبدأ بالمنسية وان فات وقت الحاضرة حتى انه قال ان ذكر المنسية وهو فى الحاضرة فسدت الحاضرة عليه وبمثل ذلك قال أبو حنيفة والثورى الا انهم رأوا الترتيب واجبا مع اتساع وقت الحاضرة واتفق هؤلاء على سقوط وجوب الترتيب مع النسيان وقال الشافعى لا يجب الترتيب وان فعل ذلك اذا كان فى الوقت متسع فحسن يعنى فى وقت الحاضرة والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار فى هذا الباب واختلافهم فى تشبيه القضاء بالاداء فأما الآثار فانه ورد فى ذلك حديثان متعارضان أحدهما ماروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال من نسى صلاة وهو مع الامام فى أخرى فليصل مع الامام فاذا فرغ من صلاته فليعد الصلاة التى نسى ثم ليعد الصلاة التى صلى مع الامام وأصحاب الشافعى يضعفون هذا الحديث ويصححون حديث ابن عباس أن النبى عليه الصلاة والسلام قال اذا نسى أحدكم صلاة فذكرها وهو فى صلاة مكتوبة فليتم التى هو فيها فاذا فرغ منها قضى التى نسى والحديث الصحيح فى هذا الباب هو ما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام اذا نام أحدكم عن الصلاة أو نسيها الحديث وأما اختلافهم فى جهة تشبيه القضاء بالاداء فان من رأى أن الترتيب فى الأداء انما لزم من أجل ان أوقاتها المختصة بصلاة منها هى مرتبة فى نفسها اذ كان الزمان لا يعقل الا مرتبا لم يلحق بها القضاء لانه ليس للقضاء وقت

مخصوص ومن رأى أن الترتيب فى الصلوات المؤداة هو فى الفعل وان كان الزمان واحدا مثل الجمع بين الصلاتين فى وقت احداهما شبه القضاء بالاداء وقد رأت المالكية ان توجب الترتيب للمقضية من جهة الوقت لا من جهة الفعل لقوله عليه الصلاة والسلام فليصلها اذا ذكرها قالوا فوقت المنسية هو وقت الذكر ولذلك وجب أن تفسد عليه الصلاة التى هو فيها فى ذلك الوقت وهذا لا معنى له لانه ان كان وقت الذكر وقتا للمنسية فهو بعينه أيضا وقت للحاضرة أو وقت للمنسيات اذا كانت أكثر من صلاة واحدة واذا كان الوقت واحدا فلم يبق أن يكون الفساد الواقع فيها الا من قبل الترتيب بينها كالترتيب الذى يوجد فى أجزاء الصلاة الواحدة فانه ليس احدى الصلاتين أحق بالوقت من صاحبتها اذ كان وقتا لكليهما الا أن يقوم دليل الترتيب وليس ههنا عندى شئ يمكن أن يجعل أصلا فى هذا الباب لترتيب المنسيات الا الجمع عند من سلمه فان الصلوات المؤداة أوقاتها مختلفة والترتيب فى القضاء انما يتصور فى الوقت الواحد بعينه للصلاتين معا فافهم هذا فان فيه غموضا وأظن مالكا رحمه الله انما قاس ذلك على الجمع وانما صار الجميع الى استحسان الترتيب فى المنسيات اذا لم يخف فوات الحاضرة لصلاته عليه الصلاة والسلام الصلوات الخمس يوم الخندق مرتبة وقد احتج بهذا من أوجب القضاء على العامد ولا معنى لهذا فان هذا منسوخ وأيضا فان كان تركا لعذر وأما التحديد فى الخمس فما دونها فليس له وجه الا أن يقال انه اجماع فهذا حكم القضاء الذى يكون فى فوات جملة الصلاة وأما القضاء الذى يكون فى فوات بعض الصلوات فمنه ما يكون سببه النسيان ومنه ما يكون سببه سبق الامام للمأموم أعنى أن يفوت المأموم بعض صلاة الامام فأما اذا فات المأموم بعض الصلاة فان فيه مسائل ثلاثا قواعد احداها متى تفوت الركعة والثانية هل اتيانه بما فاته بعد سلام الامام أداء أو قضاء والثالثة متى يلزمه حكم صلاة الامام ومتى لا يلزمه ذلك أما متى تفوته الركعة فان فى ذلك مسألتين احداهما اذا دخل والامام قد أهوى الى الركوع والثانية اذا كان مع الامام فى الصلاة فسها أن يتبعه فى الركوع أو منعه من ذلك ما وقع من زحام أو غيره .

﴿ أما المسئلة الاولى ﴾ فان فيها ثلاثة أقوال أحدها وهو الذى عليه الجمهور انه اذا

أدرك الامام قبل أن يرفع رأسه من الركوع وركع معه فهو مدرك للركعة وليس عليه قضاؤها وهؤلاء اختلفوا هل من شرط هذا الداخل ان يكبر تكبيرتين تكبيرة للاحرام وتكبيرة للركوع أو يجزيه تكبيرة الركوع وان كانت تجزيه فهل من شرطها ان ينوى بها تكبيرة الاحرام أم ليس ذلك من شرطها فقال بعضهم بل تكبيرة واحدة تجزيه اذا نوى بها تكبيرة الافتتاح وهو مذهب مالك والشافعى والاختيار عندهم تكبيرتان وقال قوم لابد من تكبيرتين وقال قوم تجزى واحدة وان لم ينو بها تكبيرة الافتتاح والقول الثانى انه اذا ركع الامام فقد فاتته الركعة وانه لا يدركها مالم يدركه قائما وهو منسوب الى أبى هريرة والقول الثالث انه اذا انتهى الى الصف الآخر وقد رفع الامام رأسه ولم يرفع بعضهم فأدرك ذلك انه يجزيه لأن بعضهم أئمة لبعض وبه قال الشعبى وسبب هذا الاختلاف تردد اسم الركعة بين ان يدل على الفعل نفسه الذى هو الانحناء فقط أو على الانحناء والوقوف معا وذلك انه قال عليه الصلاة والسلام من أدرك من الصلاة ركعة فقد أدرك الصلاة قال ابن المنذر ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فمن كان اسم الركعة ينطلق عنده على القيام والانحناء معا قال اذا فاته قيام الامام فقد فاتته الركعة ومن كان اسم الركعة ينطلق عنده على الانحناء نفسه جعل ادراك الانحناء ادراكا للركعة والاشتراك الذى عرض لهذا الاسم انما هو من قبل تردده بين المعنى اللغوى والمعنى الشرعى وذلك ان اسم الركعة ينطلق لغة على الانحناء وينطلق شرعا على القيام والركوع والسجود فمن رأى أن اسم الركعة ينطلق فى قوله عليه الصلاة والسلام من أدرك ركعة على الركعة الشرعية ولم يذهب مذهب الآخذ ببعض ماتدل عليه الاسماء قال لابد أن يدرك مع الامام الثلاثة الاحوال أعنى القيام والانحناء والسجود ويحتمل أن يكون من ذهب الى اعتبار الانحناء فقط أن يكون اعتبر أكثر مايدل عليه الاسم ههنا لأن من أدرك الانحناء فقد أدرك منها جزأين ومن فاته الانحناء انما أدرك منها جزأ واحدا فقط فعلى هذا يكون الخلاف آيلا الى اختلافهم فى الأخذ ببعض دلالة الاسماء أو بكلها فالخلاف يتصور فيها من الوجهين جميعا وأما من اعتبر ركوع من فى الصف من المأمومين فلأن الركعة من الصلاة قد تضاف الى الامام فقط

وقد تضاف الى الامام والمأمومين فسبب الاختلاف هو الاحتمال فى هذه الاضافة أعنى قوله عليه الصلاة والسلام من أدرك ركعة من الصلاة وما عليه الجمهور أظهر وأما اختلافهم فى هل تجزيه تكبيرة واحدة أو تكبيرتان أعنى المأموم اذا دخل فى الصلاة والامام راكع فسببه هل من شرط تكبيرة الاحرام أن يؤتى بها واقفا أم لا فمن رأى أن من شرطها الموضع الذى تفعل فيه تعلقا بالفعل أعنى فعله عليه الصلاة والسلام وكان يرى أن التكبير كله فرض قال لا بد من تكبيرتين ومن رأى انه ليس من شرطها الموضع تعلقا بعموم قوله عليه الصلاة والسلام وتحريمها التكبير وكان عنده أن تكبيرة الاحرام هى فقط الفرض قال يجزيه ان يأتى بها وحدها وأما من أجاز أن يأتى بتكبيرة واحدة ولم ينو بها تكبيرة الاحرام فقيل يبنى على مذهب من يرى أن تكبيرة الاحرام ليست بفرض وقيل انما يبنى على مذهب من يجوز تأخير نية الصلاة عن تكبيرة الاحرام لأنه ليس معنى ان ينوى تكبيرة الاحرام الا مقارنة النية للدخول فى الصلاة لأن تكبيرة الاحرام لها وصفان النية المقارنة والأولية أعنى وقوعها فى أول الصلاة فمن اشترط الوصفين قال لا بد من النية المقارنة ومن اكتفى بالصفة الواحدة اكتفى بتكبيرة واحدة وان لم تقارنها النية

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهى اذا سها عن اتباع الامام فى الركوع حتى سجد الامام فان قوما قالوا اذا فاته ادراك الركوع معه فقد فاتته الركعة ووجب عليه قضاؤها وقوم قالوا يعتد بالركعة اذا أمكنه ان يتم من الركوع قبل أن يقوم الامام الى الركعة الثانية وقوم قالوا يتبعه ويعتد بالركعة مالم يرفع الامام رأسه من الانحناء فى الركعة الثانيه وهذا الاختلاف موجود لأصحاب مالك وفيه تفصيل واختلاف بينهم بين ان يكون عن نسيان أو أن يكون عن زحام و بين أن يكون فى جمعة أو فى غير جمعة و بين اعتبار ان يكون المأموم عرض له هذا فى الركعة الاولى أو فى الركعة الثانية وليس قصدنا تفصيل المذهب ولا تخريجه وانما الغرض الاشارة الى قواعد المسائل وأصولها فنقول ان سبب الاختلاف فى هذه المسئلة هو هل من شرط فعل المأموم ان يقارن فعل الامام أو ليس من شرطه ذلك وهل هذا الشرط هو فى جميع أجزاء الركعة الثلاثة أعنى القيام والانحناء والسجود أم انما هو شرط فى بعضها ومتى يكون اذا لم

يقارن فعله فعل الامام اختلافا عليه أعنى ان يفعل هو فعلا والامام فعلا ثانيا فمن رأى انه شرط فى كل جزء من أجزاء الركعة الواحدة أعنى أن يقارن فعل المأموم فعل الامام والا كان اختلافا عليه وقد قال عليه الصلاة والسلام فلا تختلفوا عليه قال متى لم يدرك معه من الركوع ولو جزأ يسيرا لم يعتد بالركعة ومن اعتبره فى بعضها قال هو مدرك للركعة اذا أدرك فعل الركعة قبل ان يقوم الى الركعة الثانية وليس ذلك اختلافا عليه فاذا قام الى الركعة الثانية فان اتبعه فقد اختلف عليه فى الركعة الاولى وأما من قال انه يتبعه مالم ينحن فى الركعة الثانية فانه رأى انه ليس من شرط فعل المأموم ان يقارن بعضه بعض فعل الامام ولا كله وانما من شرطه أن يكون بعده فقط وانما اتفقوا على أنه اذا قام من الانحناء فى الركعة الثانية أنه لا يعتد بتلك الركعة ان اتبعه فيها لأنه يكون فى حكم الاولى والامام فى حكم الثانية وذلك غاية الاختلاف عليه ﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ من المسائل الثلاث الأول التى هى أصول هذا الباب وهى هل اتيان المأموم بما فاته من الصلاة مع الامام أداء أو قضاء فان فى ذلك ثلاثة مذاهب قوم قالوا ان ما يأتى به بعد سلام الامام هو قضاء وان ما أدرك ليس هو أول صلاته وقوم قالوا ان الذى يأتى به بعد سلام الامام هو أداء وان ما أدرك هو أول صلاته وقوم فرقوا بين الاقوال والأفعال فقالوا يقضى فى الأقوال يعنون فى القراءة ويبنى فى الأفعال يعنون الاداء فمن أدرك ركعة من صلاة المغرب على المذهب الأول أعنى مذهب القضاء قام اذا سلم الامام الى ركعتين يقرأ فيهما بأم القرآن وسورة من غير ان يجلس بينهما وعلى المذهب الثانى أعنى على البناء قام الى ركعة واحدة يقرأ فيها بأم القرآن وسورة ويجلس ثم يقوم الى ركعة يقرأ فيها بأم القرآن فقط وعلى المذهب الثالث يقوم الى ركعة فيقرأ فيها بأم القرآن وسورة ثم يجلس ثم يقوم الى ركعة ثانية يقرأ فيها أيضا بأم القرآن وسورة وقد نسبت الأقاويل الثلاثة الى المذهب والصحيح عن مالك انه يقضى فى الأقوال ويبنى فى الأفعال لأنه لم يختلف قوله فى المغرب انه اذا أدرك منها ركعة أنه يقوم الى الركعة الثانية ثم يجلس ولا اختلاف فى قوله انه يقضى بأم القرآن وسورة وسبب اختلافهم انه ورد فى بعض روايات الحديث المشهور فما أدركتم فصلوا وما فاتكم فأتموا والاتمام يقتضى أن يكون ما أدرك هو

أول صلاته وفى بعض رواياته فما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا والقضاء يوجب أن ما أدرك هو آخر صلاته فمن ذهب مذهب الاتمام قال ما أدرك هو أول صلاته ومن ذهب مذهب القضاء قال ما أدرك هو آخر صلاته ومن ذهب مذهب الجمع جعل القضاء فى الاقوال والأداء فى الافعال وهو ضعيف أعنى أن يكون بعض الصلاة أداء وبعضها قضاء واتفاقهم على وجوب الترتيب فى أجزاء الصلاة وعلى ان موضع تكبيرة الاحرام هو افتتاح الصلاة ففيه دليل واضح على أن ما أدرك هو أول صلاته لكن تختلف نية المأموم والامام فى الترتيب فتأمل هذا ويشبه أن يكون هذا هو أحد ما راعاه من قال ما أدرك فهو آخر صلاته

﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ من المسائل الاول وهى متى يلزم المأموم حكم صلاة الامام فى الاتباع فان فيها مسائل احداها متى يكون مدركا لصلاة الجمعة والثانية متى يكون مدركا معه لحكم سجود السهو أعنى سهو الامام والثالثة متى يلزم المسافر الداخل وراء امام يتم الاتمام اذا أدرك من صلاة الامام بعضها

﴿فأما المسئلة الاولى﴾ فان قوما قالوا اذا أدرك ركعة من الجمعة فقد أدرك الجمعة ويقضى ركعة ثانية وهو مذهب مالك والشافعى فان أدرك أقل صلى ظهرا أربعا وقوم قالوا بل يقضى ركعتين أدرك منها ما أدرك وهو مذهب أبى حنيفة وسبب الخلاف فى هذا هو ما يظن من التعارض بين عموم قوله عليه السلام ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فأتموا وبين مفهوم قوله عليه السلام من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة فانه من صار الى عموم قوله عليه السلام وما فاتكم فأتموا أوجب أن يقضى ركعتين وان أدرك منها أقل من ركعتين ومن كان المحذوف عنده فى قوله عليه السلام فقد أدرك الصلاة أى فقد أدرك حكم الصلاة قال دليل الخطاب يقتضى أن من أدرك أقل من ركعة فلم يدرك حكم الصلاة والمحذوف فى هذا القول محتمل فانه يمكن أن يراد به فضل الصلاة ويمكن أن يراد به وقت الصلاة ويمكن أن يراد به حكم الصلاة ولعله ليس هذا المجاز فى أحدهما أظهر منه فى الثانى فان كان الأمر كذلك كان من باب المجمل الذى لا يقتضى حكما وكان الآخر بالعموم أولى وان سلمنا انه أظهر فى أحد هذه المحذوفات وهو مثلا الحكم على قول من يرى ذلك لم يكن هذا الظاهر معارضا للعموم

الامن باب دليل الخطاب والعموم أقوى من دليل الخطاب عند الجميع ولا سيما الدليل المبنى على المحتمل أو الظاهر وأما من يرى ان قوله عليه السلام فقد أدرك الصلاة أنه يتضمن جميع هذه المحذوفات فضعيف وغير معلوم من لغة العرب الا أن يتقرر أن هنالك اصطلاحا عرفيا أو شرعيا * وأما مسئلة اتباع المأموم للامام فى السجود أعنى فى سجود السهو فان قوما اعتبروا فى ذلك الركعة أعنى أن يدرك من الصلاة معه ركعة وقوم لم يعتبروا ذلك فمن لم يعتبر ذلك فصيرا الى عموم قوله عليه السلام انما جعل الامام ليؤتم به ومن اعتبر ذلك فصيرا الى مفهوم قوله عليه السلام فقد أدرك الصلاة ولذلك اختلفوا فى المسئلة الثالثة فقال قوم ان المسافر اذا أدرك من صلاة الامام الحاضر أقل من ركعة لم يتم واذا أدرك ركعة لزمه الاتمام فهذا حكم القضاء الذى يكون لبعض الصلاة من قبل سبق الامام له وأما حكم القضاء لبعض الصلاة الذى يكون للامام والمنفرد من قبل النسيان فانهم اتفقوا على أن ما كان منها ركنا فهو يقضى أعنى فريضة وانه ليس يجزى منه الا الاتيان به وفيه مسائل اختلفوا فيها بعضهم أوجب فيها القضاء وبعضهم أوجب فيها الاعادة مثل من نسى أربع سجدات من أربع ركعات سجدة من كل ركعة فان قوما قالوا يصلح الرابعة بان يسجد لها ويبطل ما قبلها من الركعات ثم يأتى بها وهو قول مالك وقوم قالوا تبطل الصلاة بأسرها ويلزمه الاعادة وهى احدى الروايتين عن أحمد بن حنبل وقوم قالوا يأتى بأربع سجدات متوالية وتكمل بها صلاته وبه قال أبو حنيفة والثورى والاوزاعى وقوم قالوا يصلح الرابعة ويعتد بسجدتين وهو مذهب الشافعى وسبب الخلاف فى هذا مراعاة الترتيب فمن راعاه فى الركعات والسجدات أبطل الصلاة ومن راعاه فى السجدات أبطل الركعات ماعدا الأخيرة قياسا على قضاء مافات المأموم من صلاة الامام ومن لم يراع الترتيب أجاز سجودها معا فى ركعة واحدة لا سيما اذا اعتقد أن الترتيب ليس هو واجبا فى الفعل المكرر فى كل ركعة أعنى السجود وذلك أن كل ركعة تشتمل على قيام وانحناء وسجود والسجود مكرر فزعم أصحاب أبى حنيفة أن السجود لما كان مكررا لم يجب أن يراعى فيه التكرير فى الترتيب ومن هذا الجنس اختلاف أصحاب مالك فيمن نسى قراءة أم القرآن من الركعة الاولى فقيل لا يعتد بالركعة ويقضيها وقيل

يعيد الصلاة وقيل يسجد للسهو وصلاته تامة وفروع هذا الباب كثيرة وكلها غير منطوق به وليس قصدنا ههنا الا ما يجرى مجرى الاصول

(الباب الثالث من الجملة الرابعة فى سجود السهو)

والسجود المنقول فى الشريعة فى أحد موضعين اما عند الزيادة أو النقصان اللذين يقعان فى أفعال الصلاة وأقوالها من قبل النسيان لا من قبل العمد واما عند الشك فى أفعال الصلاة فأما السجود الذى يكون من قبل النسيان لا من قبل الشك فالكلام فيه ينحصر فى ستة فصول الفصل الاول فى معرفة حكم السجود الثانى فى معرفة مواضعه من الصلاة الثالث فى معرفة الجنس من الأفعال والأفعال التى يسجد لها الرابع فى صفة سجود السهو الخامس فى معرفة من يجب عليه سجود السهو السادس بماذا ينبه المأموم الامام الساهى على سهوه

(الفصل الأوّل)

اختلفوا فى سجود السهو هل هو فرض أو سنة فذهب الشافعى الى أنه سنة وذهب أبو حنيفة الى أنه فرض لكن من شروط صحة الصلاة وفرق مالك بين السجود للسهو فى الأفعال و بين السجود للسهو فى الأقوال و بين الزيادة والنقصان فقال سجود السهو الذى يكون للافعال الناقصة واجب وهو عنده من شروط صحة الصلاة هذا فى المشهور وعنه ان سجود السهو للنقصان واجب وسجود الزيادة مندوب والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى حمل أفعاله عليه السلام فى ذلك على الوجوب أو على الندب فأما أبو حنيفة فحمل أفعاله عليه السلام فى السجود على الوجوب اذ كان هو الأصل عندهم اذ جاء بيانا للواجب كما قال عليه السلام صلوا كما رأيتمونى أصلى وأما الشافعى فحمل أفعاله فى ذلك على الندب وأخرجها عن الأصل بالقياس وذلك أنه لما كان السجود عند الجمهور ليس ينوب عن فرض وانما ينوب عن ندب رأى ان البدل عما ليس بواجب ليس هو بواجب وأما مالك فتأكدت عنده الأفعال أكثر من الأقوال لكونها من صلب الصلاة أكثر من الاقوال أعنى ان الفروض التى هى أفعال هى أكثر من فروض الأقوال فكأنه رأى ان

الأفعال آكد من الأقوال وان كان ليس ينوب سجود السهو الا عما كان منها ليس بفرض وتفريقه أيضا بين سجود النقصان والزيادة على الرواية الثانية لكون سجود النقصان شرع بدلا مما سقط من أجزاء الصلاة وسجود الزيادة كأنه استغفار لا بدل

(الفصل الثانى)

اختلفوا فى مواضع سجود السهو على خمسة أقوال فذهبت الشافعية الى أن سجود السهو موضعه أبدا قبل السلام وذهبت الحنفية الى أن موضعه أبدا بعد السلام وفرقت المالكية فقالت ان كان السجود لنقصان كان قبل السلام وان كان لزيادة كان بعد السلام وقال أحمد بن حنبل يسجد قبل السلام فى المواضع التى سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل السلام ويسجد بعد السلام فى المواضع التى سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد السلام فما كان من سجود فى غير تلك المواضع يسجد له أبدا قبل السلام وقال أهل الظاهر لا يسجد للسهو الا فى المواضع الخمسة التى سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقط وغير ذلك ان كان فرضا أتى به وان كان ندبا فليس عليه شئ والسبب فى اختلافهم أنه عليه السلام ثبت عنه انه سجد قبل السلام وسجد بعد السلام وذلك انه ثبت من حديث ابن بحينة أنه قال صلى لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ركعتين ثم قام فلم يجلس فقام الناس معه فلما قضى صلاته سجد سجدتين وهو جالس وثبت أيضا انه سجد بعد السلام فى حديث ذى اليدين المتقدم اذ سلم من اثنتين فذهب الذين جوّزوا القياس فى سجود السهو أعنى الذين رأوا تعدية الحكم فى المواضع التى سجد فيها عليه السلام الى أشباهها فى هذه الآثار الصحيحة ثلاثة مذاهب أحدها مذهب الترجيح والثانى مذهب الجمع والثالث الجمع بين الجمع والترجيح فمن رجح حديث ابن بحينة قال السجود قبل السلام واحتج لذلك بحديث أبى سعيد الخدرى الثابت أنه عليه السلام قال اذا شك أحدكم فى صلاته فلم يدركم صلى أثلاثا أم أربعا فليصل ركعة وليسجد سجدتين وهو جالس قبل التسليم فان كانت الركعة التى صلاها خامسة شفعها بهاتين السجدتين وان كانت رابعة فالسجدتان ترغيم للشيطان قالوا ففيه السجود للزيادة

قبل السلام لأنها ممكنة الوقوع خامسة واحتجوا لذلك أيضا بما روى عن ابن شهاب أنه قال كان آخر الأمرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم السجود قبل السلام وأما من رجح حديث ذى اليدين فقال السجود بعد السلام واحتجوا لترجيح هذا الحديث بأن حديث ابن بحينة قد عارضه حديث المغيرة بن شعبة أنه عليه السلام قام من اثنتين ولم يجلس ثم سجد بعد السلام قال أبو عمر ليس مثله فى النقل فيعارض به واحتجوا أيضا لذلك بحديث ابن مسعود الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى خمسا ساهيا وسجد لسهوه بعد السلام وأما من ذهب مذهب الجمع فانهم قالوا ان هذه الأحاديث لا تتناقض وذلك ان السجود فيها بعد السلام انما هو فى الزيادة والسجود قبل السلام فى النقصان فوجب أن يكون حكم السجود فى سائر المواضع كما هو فى هذا الموضع قالوا وهو أولى من حمل الأحاديث على التعارض وأما من ذهب مذهب الجمع والترجيح فقال يسجد فى المواضع التى سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم على النحو الذى سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فان ذلك هو حكم تلك المواضع وأما المواضع التى لم يسجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فالحكم فيها السجود قبل السلام فكأنه قاس على المواضع التى سجد عليه الصلاة والسلام قبل السلام ولم يقس على المواضع التى سجد فيها بعد السلام وأبقى سجود المواضع التى سجد فيها على ما سجد فيها فمن جهة أنه أبقى حكم هذه المواضع على ما وردت عليه وجعلها متغايرة الاحكام هو ضرب من الجمع ورفع للتعارض بين مفهومها ومن جهة انه عدى مفهوم بعضها دون بعض وألحق به المسكوت عنه فذلك ضرب من الترجيح أعنى انه قاس على السجود الذى قبل السلام ولم يقس على الذى بعده وأما من لم يفهم من هذه الافعال حكما خارجا عنها وقصر حكمها على أنفسها وهم أهل الظاهر فاقتصروا بالسجود على هذه المواضع فقط وأما أحمد بن حنبل فجاء نظره مختلطا من نظر أهل الظاهر ونظر أهل القياس وذلك انه اقتصر بالسجود كما قلنا بعد السلام على المواضع التى ورد فيها الاثر ولم يعده وعدى السجود الذى ورد فى المواضع التى قبل السلام ولكل واحد من هؤلاء أدلة يرجح بها مذهبه من جهة القياس أعنى لأصحاب القياس وليس قصدنا فى هذا الكتاب فى الاكثر ذكر الخلاف

الذى يوجبه القياس كما ليس قصد ذكر المسائل المسكوت عنها فى الشرع الا فى الاقل وذلك امامن حيث هى مشهورة وأصل لغيرها واما من حيث هى كثيرة الوقوع والمواضع الخمسة التى سها فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدها انه قام من اثنتين على ماجاء فى حديث ابن بحينة والثانى انه سلم من اثنتين على ماجاء فى حديث ذى اليدين والثالث انه صلى خمسا على مافى حديث ابن عمر خرجه مسلم والبخارى والرابع انه سلم من ثلاث على مافى حديث عمران بن الحصين والخامس السجود عن الشك على ماجاء فى حديث أبى سعيد الخدرى وسيأتى بعد واختلفوا لماذا يجب سجود السهو فقيل يجب للزيادة والنقصان وهو الاشهر وقيل للسهو نفسه وبه قال أهل الظاهر والشافعى

(الفصل الثالث)

وأما الاقوال والافعال التى يسجد لها فان القائلين بسجود السهو لكل نقصان أو زيادة وقعت فى الصلاة على طريق السهو اتفقوا على أن السجود يكون عن سنن الصلاة دون الفرائض ودون الرغائب فالرغائب لاشئ عندهم فيها أعنى اذا سها عنها فى الصلاة مالم يكن أكثر من رغيبة واحدة مثل مايرى مالك انه لايجب سجود من نسيان تكبيرة واحدة ويجب من أكثر من واحدة وأما الفرائض فلايجزى عنها الا الاتيان بها وجبرها اذا كان السهو عنها ممالا يوجب اعادة الصلاة بأسرها على ماتقدم فيما يوجب الاعادة ومايوجب القضاء أعنى على من ترك بعض أركان الصلاة (١) وأما سجود السهو للزيادة فانه يقع عند الزيادة فى الفرائض والسنن جميعا فهذه الجملة لا اختلاف بينهم فيها وانما يختلفون من قبل اختلافهم فيما منها فرض أو ليس بفرض وفيما هو منها سنة أو ليس بسنة وفيما هو منها سنة أو رغيبة مثال ذلك ان عند مالك ليس يسجد لترك القنوت لأنه عنده مستحب ويسجد له عند الشافعى لأنه عنده سنة وليس يخفى عليك هذا مما تقدم القول فيه من اختلافهم بين ماهو سنة أو فريضة أو رغيبة وعند مالك وأصحابه سجود السهو للزيادة اليسيرة فى الصلاة وان كانت من غير جنس الصلاة وينبغى أن تعلم ان السنة والرغيبة هى

(١) هكذا هذه العبارة بالاصول وفيها من الغموض مالايخفى تأمل اه مصححه

عندهم من باب الندب وانما تختلفان عندهم بالاقل والاكثر أعني في تأكيد الامر بها وذلك راجع الى قرائن أحوال تلك العبادة ولذلك يكثر اختلافهم في هذا الجنس كثيرا حتى ان بعضهم يرى ان في بعض السنن ما اذا تركت عمدا ان كانت فعلا أو فعلت عمدا ان كانت تركا أن حكمها حكم الواجب أعني في تعلق الاثم بها وهذا موجود كثيرا لأصحاب مالك وكذلك تجدهم قد اتفقوا ما خلا أهل الظاهر على أن تارك السنن المتكررة بالجملة آثم مثل لو ترك انسان الوتر أو ركعتي الفجر دائما لكان مفسقا آثما فكأن العبادات بحسب هذا النظر منها ما هي فرض بعينها وجنسها مثل الصلوات الخمس ومنها ما هي سنة بعينها فرض بجنسها مثل الوتر وركعتي الفجر وما أشبه ذلك من السنن وكذلك قد تكون عند بعضهم الرغائب رغائب بعينها سنن بجنسها مثل ما حكيناه عن مالك من ايجاب السجود لاكثر من تكبيرة واحدة أعني للسهو عنها ولا تكون فيما أحسب عند هؤلاء سنة بعينها وجنسها وأما أهل الظاهر فالسنن عندهم هي سنن بعينها لقوله عليه الصلاة والسلام للاعرابي الذي سأله عن فروض الاسلام أفلح ان صدق دخل الجنة ان صدق وذلك بعد أن قال له والله لا أزيد على هذا ولا أنقص منه يعني الفرائض وقد تقدم هذا الحديث واتفقوا من هذا الباب على سجود السهو لترك الجلسة الوسطى واختلفوا فيها هل هي فرض أو سنة وكذلك اختلفوا هل يرجع الامام اذا سبح به اليها أو ليس يرجع وان رجع فتى يرجع فقال الجمهور يرجع ما لم يستو قائما وقال قوم يرجع ما لم يعقد الركعة الثالثة وقال قوم لا يرجع ان فارق الارض قيد شبر واذا رجع عند الذين لا يرون رجوعه فالجمهور على ان صلاته جائزة وقال قوم تبطل صلاته

(الفصل الرابع)

وأما صفة سجود السهو فانهم اختلفوا في ذلك فرأى مالك ان حكم سجدتي السهو اذا كانت بعد السلام أن يتشهد فيها ويسلم منها وبه قال أبو حنيفة لان السجود كله عنده بعد السلام واذا كانت قبل السلام أن يتشهد لها فقط وان السلام من الصلاة هو سلام منها وبه قال الشافعي اذ كان السجود كله عنده قبل السلام وقد

روى عن مالك انه لا يتشهد للتى قبل السلام و به قال جماعة قال أبو عمر أما السلام من التى بعد السلام فثابت عن النبى صلى الله عليه وسلم وأما التشهد فلا أحفظه من وجه ثابت وسبب هذا الاختلاف هو اختلافهم فى تصحيح ماورد من ذلك فى حديث ابن مسعود أعنى من أنه عليه الصلاة والسلام تشهد ثم سلم وتشبيه سجدتى السهو بالسجدتين الأخيرتين من الصلاة فمن شبههما بهما لم يوجب لهما التشهد و بخاصة اذا كانت فى نفس الصلاة وقال أبو بكر بن المنذر اختلف العلماء فى هذه المسئلة على ستة أقوال فقالت طائفة لا تشهد فيهما ولا تسليم و به قال أنس بن مالك والحسن وعطاء وقال قوم مقابل هذا وهو ان فيهما تشهدا وتسليما وقال قوم فيهما تشهد فقط دون تسليم و به قال الحكم وحماد والنخعى وقال قوم مقابل هذا وهو ان فيهما تسليما وليس فيهما تشهد وهو قول ابن سيرين والقول الخامس ان شاء تشهد وسلم وان شاء لم يفعل روى ذلك عن عطاء والسادس قول أحمد بن حنبل انه ان سجد بعد السلام تشهد وان سجد قبل السلام لم يتشهد وهو الذى حكيناه نحن عن مالك قال أبو بكر قد ثبت أنه صلى الله عليه وسلم كبر فيهما أربع تكبيرات وانه سلم وفى ثبوت تشهده فيهما نظر

(الفصل الخامس)

اتفقوا على ان سجود السهو من سنة المنفرد والامام واختلفوا فى المأموم يسهو وراء الامام هل عليه سجود أم لا فذهب الجمهور الى أن الامام يحمل عنه السهو وشذ مكحول فألزمه السجود فى خاصة نفسه وسبب اختلافهم اختلافهم فيما يحمل الامام من الاركان عن المأموم ومالا يحمله واتفقوا على أن الامام اذا سها ان المأموم يتبعه فى سجود السهو وان لم يتبعه فى سهوه واختلفوا متى يسجد المأموم اذا فاته مع الامام بعض الصلاة وعلى الامام سجود سهو فقال قوم يسجد مع الامام ثم يقوم لقضاء ما عليه وسواء كان سجوده قبل السلام أو بعده و به قال عطاء والحسن والنخعى والشعبى وأحمد وأبو ثور وأصحاب الرأى وقال قوم يقضى ثم يسجد و به قال ابن سيرين واسحق وقال قوم اذا سجد قبل التسليم سجدهما معه وان سجد بعد التسليم

سجدهما بعد أن يقضى و به قال مالك والليث والأوزاعى وقال قوم يسجدهما مع الامام ثم يسجدهما ثانية بعد القضاء و به قال الشافعى وسبب اختلافهم أى أولى وأخلق أن يتبعه فى السجود مصاحباله أوفى آخر صلاته فكأنهم اتفقوا على ان الاتباع واجب لقوله عليه الصلاة والسلام انما جعل الامام ليؤتم به واختلفوا هل موضعها للمأموم هو موضع السجود أعنى فى آخر الصلاة أو موضعها هو وقت سجود الامام فمن آثر مقارنة فعله لفعل الامام على موضع السجود ورأى ذلك شرطا فى الاتباع أعنى أن يكون فعلهما واحدا حقا قال يسجد مع الامام وان لم يأت بها فى موضع السجود ومن آثر موضع السجود قال يؤخرها الى آخر الصلاة ومن أوجب عليه الامرين أوجب عليه السجود مرتين وهو ضعيف

(الفصل السادس)

واتفقوا على ان السنة لمن سها فى صلاته أن يسبح له وذلك للرجل لما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال مالى أراكم أكثرتم من التصفيق من نابه شئ فى صلاته فليسبح فانه اذا سبح التفت اليه وانما التصفيق للنساء واختلفوا فى النساء فقال مالك وجماعة ان التسبيح للرجال والنساء وقال الشافعى وجماعة للرجال التسبيح وللنساء التصفيق والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام وانما التصفيق للنساء فمن ذهب الى أن معنى ذلك أن التصفيق هو حكم النساء فى السهو وهو الظاهر قال النساء يصفقن ولا يسبحن ومن فهم من ذلك الذم للتصفيق قال الرجال والنساء فى التسبيح سواء وفيه ضعف لأنه خروج عن الظاهر بغير دليل الا أن تقاس المرأة فى ذلك على الرجل والمرأة كثيرا ما يخالف حكمها فى الصلاة حكم الرجل ولذلك يضعف القياس وأما سجود السهو الذى هو لموضع الشك فان الفقهاء اختلفوا فيمن شك فى صلاته فلم يدركم صلى أواحدة أو اثنتين أوثلاثا أوأربعا على ثلاثة مذاهب فقال قوم يبنى على اليقين وهو الأقل ولا يجزيه التحرى و يسجد سجدتى السهو وهو قول مالك والشافعى وداود وقال أبو حنيفة ان كان أول أمره فسدت صلاته وان تكرر ذلك منه تحرى وعمل على غلبة الظن ثم يسجد سجدتين بعد السلام وقالت طائفة انه ليس عليه اذا شك لارجوع الى يقين

ولا تحروا انما عليه السجود فقط اذا شك والسبب فى اختلافهم تعارض ظواهر الآثار الواردة فى هذا الباب وذلك ان فى هذا الباب ثلاثة آثار أحدها حديث البناء على اليقين وهو حديث أبى سعيد الخدرى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا شك أحدكم فى صلاته فلم يدركم صلى أثلاثا أم أربعا فليطرح الشك وليبن على ما استيقن ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم فان كان صلى خمسا شفعن له صلاته وان كان صلى اتماما الأربع كانتا ترغيما للشيطان خرجه مسلم والثانى حديث ابن مسعود أن النبى عليه الصلاة والسلام قال اذا سها أحدكم فى صلاته فليتحر وليسجد سجدتين وفى رواية أخرى عنه فلينظر أحرى ذلك الى الصواب ثم ليسلم ثم ليسجد سجدتى السهو ويتشهد ويسلم والثالث حديث أبى هريرة خرجه مالك والبخارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان أحدكم اذا قام يصلى جاءه الشيطان فلبس عليه حتى لا يدرى كم صلى فاذا وجد ذلك أحدكم فليسجد سجدتين وهو جالس وفى هذا المعنى أيضا حديث عبد الله ابن جعفر خرجه أبو داود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من شك فى صلاته فليسجد سجدتين بعدها ويسلم فذهب الناس فى هذه الأحاديث مذهب الجمع ومذهب الترجيح والذين ذهبوا مذهب الترجيح منهم من لم يلتفت الى المعارض ومنهم من رام تأويل المعارض وصرفه الى الذى رجح ومنهم من جمع الأمرين أعنى جمع بعضها ورجح بعضها وأوّل غير المرجح الى معنى المرجح ومنهم من جمع بين بعضها وأسقط حكم البعض فامامن ذهب مذهب الجمع فى بعض والترجيح فى بعض مع تأويل غير المرجح وصرفه الى المرجح فمالك بن أنس فانه حمل حديث أبى سعيد الخدرى على الذى لم يستنكحه الشك وحمل حديث أبى هريرة على الذى يغلب عليه الشك ويستنكحه وذلك من باب الجمع وتأوّل حديث ابن مسعود على أن المراد بالتحرى هنالك هو الرجوع الى اليقين فأثبت على مذهبه الأحاديث كلها وأما من ذهب مذهب الجمع بين بعضها واسقاط البعض وهو الترجيح من غير تأويل المرجح عليه فأبو حنيفة فانه قال ان حديث أبى سعيد انما هو حكم من لم يكن عنده ظن غالب يعمل عليه وحديث ابن مسعود على الذى عنده ظن غالب وأسقط حكم حديث أبى هريرة وذلك انه قال ما فى حديث أبى سعيد وابن مسعود زيادة

والزيادة يجب قبولها والأخذبها وهذا أيضا كأنه ضرب من الجمع وأما الذى رجح بعضها وأسقط حكم البعض فالذين قالوا انما عليه السجود فقط وذلك ان هؤلاء رجحوا حديث أبى هريرة وأسقطوا حديث أبى سعيد وابن مسعود ولذلك كان أضعف الأقوال فهذا ما رأينا أن نثبته فى هذا القسم من قسمى كتاب الصلاة وهو القول فى الصلاة المفروضة فلنصر بعد الى القول فى القسم الثانى من الصلاة الشرعية وهى الصلوات التى ليست فروض عين

(كتاب الصلاة الثانى)

ولأن الصلاة التى ليست بمفروضة على الأعيان منها ماهى سنة ومنها ماهى نفل ومنها ماهى فرض على الكفاية وكانت هذه الأحكام منها ماهو متفق عليه ومنها ماهو مختلف فيه رأينا أن نفرد القول فى واحدة واحدة من هذه الصلوات وهى بالجملة عشر ركعتا الفجر والوتر والنفل وركعتا دخول المسجد والقيام فى رمضان والكسوف والاستسقاء والعيدان وسجود القرآن فانه صلاة مايشتمل هذا الكتاب على عشرة أبواب والصلاة على الميت نذكرها على حدة فى باب أحكام الميت على ماجرت به عادة الفقهاء وهو الذى يترجمونه بكتاب الجنائز

(الباب الأول)

القول فى الوتر واختلفوا فى الوتر فى خمسة مواضع منها فى حكمه ومنها فى صفته ومنها فى وقته ومنها فى القنوت فيه ومنها فى صلاته على الراحلة أما حكمه فقد تقدم القول فيه عند بيان عدد الصلوات المفروضة وأما صفته فان مالكا رحمه الله استحب أن يوتر بثلاث يفصل بينها بسلام وقال أبو حنيفة الوتر ثلاث ركعات من غير أن يفصل بينها بسلام وقال الشافعى الوتر ركعة واحدة ولكل قول من هذه الأقاويل سلف من الصحابة والتابعين والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار فى هذا الباب وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث عائشة أنه كان يصلى من الليل احدى عشرة ركعة يوتر منها بواحدة وثبت عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال صلاة الليل مثنى مثنى فاذا رأيت ان الصبح يدركك فأوتر بواحدة وخرج

مسلم عن عائشة أنه عليه الصلاة والسلام كان يصلى ثلاث عشرة ركعة و يوتر من ذلك بخمس لايجلس فى شئ الافى آخرها وخرج أبوداود عن أبى أيوب الانصارى أنه عليه الصلاة والسلام قال الوتر حق على كل مسلم فمن أحب أن يوتر بخمس فليفعل ومن أحب أن يوتر بثلاث فليفعل ومن أحب أن يوتر بواحدة فليفعل وخرج أبوداود أنه كان يوتر بسبع وتسع وخمس وخرج عن عبدالله بن قيس قال قلت لعائشة بكم كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يوتر قالت كان يوتر بأربع وثلاث وست وثلاث وثمان وثلاث وعشر وثلاث ولم يكن يوتر بأنقص من سبع ولا بأكثر من ثلاث عشرة وحديث ابن عمر عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال المغرب وتر صلاة النهار فذهب العلماء فى هذه الأحاديث مذهب الترجيح فمن ذهب الى أن الوتر ركعة واحدة فصيرا الى قوله عليه الصلاة والسلام فاذا خشيت الصبح فأوتر بواحدة والى حديث عائشة انه كان يوتر بواحدة ومن ذهب الى أن الوتر ثلاث من غير أن يفصل بينها وقصر حكم الوتر على الثلاث فقط فليس يصح له أن يحتج بشئ مما فى هذا الباب لأنها كلها تقتضى التخيير ماعدا حديث ابن عمر أنه قال عليه الصلاة والسلام المغرب وتر صلاة النهار فان لأبى حنيفة أن يقول انه اذا شبه شئ بشئ وجعل حكمهما واحدا كان المشبه به أحرى أن يكون بتلك لصفة ولما شبهت المغرب بوتر صلاة الليل وكانت ثلاثا وجب أن يكون وتر صلاة الليل ثلاثا وأما مالك فانه تمسك فى هذا الباب بأنه عليه الصلاة والسلام لم يوتر قط الافى اثر شفع فرأى ان ذلك من سنة الوتر وان أقل ذلك ركعتان فالوتر عنده على الحقيقة اما أن يكون ركعة واحدة ولكن من شرطها أن يتقدمها شفع واما أن يرى ان الوتر المأمور به هو يشتمل على شفع ووتر فانه اذا زيد على الشفع وتر صار الكل وترا ويشهد لهذا المذهب حديث عبدالله بن قيس المتقدم فانه سمى الوتر فيه العدد المركب من شفع ووتر ويشهد لاعتقاده ان الوتر هو الركعة الواحدة انه كان يقول كيف يوتر بواحدة ليس قبلها شئ وأى شئ يوتر له وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم توتر له ماقد صلى فان ظاهر هذا القول انه كان يرى ان الوتر الشرعى هو العدد الوتر بنفسه أعنى الغير مركب من الشفع والوتر وذلك ان هذا هو وتر لغيره

وهذا التأويل عليه أولى والحق في هذا ان ظاهر هذه الأحاديث يقتضي التخيير في صفة الوتر من الواحدة الى التسع على ما روى ذلك من فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم والنظر انما هو في هل من شرط الوتر أن يتقدمه شفع منفصل أم ليس ذلك من شرطه فيشبه أن يقال ذلك من شرطه لأنه هكذا كان وتر رسول الله صلى الله عليه وسلم ويشبه أن يقال ليس ذلك من شرطه لأن مسلما قد خرج أنه عليه الصلاة والسلام كان اذا انتهى الى الوتر أيقظ عائشة فأوترت وظاهره انها كانت توتر دون أن تقدم على وترها شفعا وأيضا فانه قد خرج من طريق عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يوتر بتسع ركعات يجلس في الثامنة والتاسعة ولا يسلم الا في التاسعة ثم يصلي ركعتين وهو جالس فتلك احدى عشرة ركعة فلما أسن وأخذ اللحم أوتر بسبع ركعات لم يجلس الا في السادسة والسابعة ولم يسلم الا في السابعة ثم يصلي ركعتين وهو جالس فتلك تسع ركعات وهذا الحديث الوتر فيه متقدم على الشفع ففيه حجة على انه ليس من شرط الوتر أن يتقدمه شفع وان الوتر ينطلق على الثلاث ومن الحجة في ذلك ما روى أبو داود عن أبي بن كعب قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يوتر بسبح اسم ربك الأعلى وقل يا أيها الكافرون وقل هو الله أحد وعن عائشة مثله وقالت في الثالثة بقل هو الله أحد والمعوذتين وأما وقته فان العلماء اتفقوا على ان وقته من بعد صلاة العشاء الى طلوع الفجر لورود ذلك من طرق شتى عنه عليه الصلاة والسلام ومن أثبت ما في ذلك ما خرجه مسلم عن أبي نضرة العوقي ان أبا سعيد أخبرهم انهم سألوا النبي صلى الله عليه وسلم عن الوتر فقال الوتر قبل الصبح واختلفوا في جواز صلاته بعد الفجر فقوم منعوا ذلك وقوم أجازوه ما لم يصل الصبح وبالقول الاول قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحبا أبي حنيفة وسفيان الثوري وبالثاني قال مالك والشافعي وأحمد وسبب اختلافهم معارضة عمل الصحابة في ذلك للآثار وذلك ان ظاهر الآثار الواردة في ذلك أن لا يجوز أن يصلى بعد الصبح كحديث أبي نضرة المتقدم وحديث أبي حذيفة العدوي نص في هذا خرجه أبو داود وفيه وجعلها لكم ما بين صلاة العشاء الى ان يطلع الفجر ولا خلاف بين أهل الاصول ان ما بعد الى بخلاف ما قبلها اذا كانت غاية وان هذا وان كان من باب دليل الخطاب فهو من أنواعه المتفق عليها مثل قوله (وأتموا الصيام الى الليل) وقوله الى المرفقين لا خلاف

بين العلماء ان ما بعد الغاية بخلاف الغاية وأما العمل المخالف فى ذلك للاثر فانه روى
عن ابن مسعود وابن عباس وعبادة بن الصامت وحذيفة وأبى الدرداء وعائشة انهم
كانوا يوترون بعد الفجر وقبل صلاة الصبح ولم يرو عن غيرهم من الصحابة خلاف
هذا وقد رأى قوم ان مثل هذا هو داخل فى باب الاجماع ولا معنى لهذا فانه ليس ينسب
لى ساكت قول قائل أعنى انه ليس ينسب الى الاجماع من لم يعرف له قول فى المسئلة
وأما هذه المسئلة فكيف يصح أن يقال انه لم يرو فى ذلك خلاف عن الصحابة وأى
خلاف أعظم من خلاف الصحابة الذين رووا هذه الاحاديث أعنى خلافهم لهؤلاء
الذين أجازوا صلاة الوتر بعد الفجر والذى عندى فى هذا ان هذا من فعلهم ليس
مخالفا للآثار الواردة فى ذلك أعنى فى اجازتهم الوتر بعد الفجر بل اجازتهم ذلك هو
من باب القضاء لا من باب الاداء وانما يكون قولهم خلاف الآثار لو جعلوا صلاته بعد
الفجر من باب الاداء فتأمل هذا وانما يتطرق الخلاف لهذه المسئلة من باب اختلافهم
فى هل القضاء فى العبادة المؤقتة يحتاج الى أمر جديد أم لا أعنى غير أمر الاداء وهذا
التأويل بهم أليق فان أكثر ما نقل عنهم هذا المذهب من أنهم أبصروا يقضون الوتر
قبل الصلاة و بعد الفجر وان كان الذى نقل عن ابن مسعود فى ذلك قول أعنى انه
كان يقول ان وقت الوتر من بعد العشاء الآخرة الى صلاة الصبح فليس يجب لمكان
هذا أن يظن بجميع من ذكرناه من الصحابة انه يذهب هذا المذهب من قبل انه
أبصر يصلى الوتر بعد الفجر فينبغى أن تتأمل صفة النقل فى ذلك عنهم وقد حكى
ابن المنذر فى وقت الوتر عن الناس خمسة أقوال منها القولان المشهوران اللذان
ذكرتهما والقول الثالث أنه يصلى الوتر وان صلى الصبح وهو قول طاوس والرابع
أنه يصليها وان طلعت الشمس و به قال أبو ثور والاوزاعى والخامس انه يوتر من الليلة
القابلة وهو قول سعيد بن جبير وهذا الاختلاف انما سببه اختلافهم فى تأكيده
وقربه من درجة الفرض فمن رآه أقرب أوجب القضاء فى زمان أبعد من الزمان
المختص به ومن رآه أبعد أوجب القضاء فى زمان أقرب ومن رآه سنة كسائر السنن
ضعف عنده القضاء اذ القضاء انما يجب فى الواجبات وعلى هذا يجىء اختلافهم فى قضاء
صلاة العيد لمن فاتته و ينبغى ألا يفرق فى هذا بين الندب والواجب أعنى ان من رأى

ان القضاء فى الواجب يكون بأمر متجدد ان يعتقد مثل ذلك فى الندب ومن رأى انه يجب بالامر الاول أن يعتقد مثل ذلك فى الندب وأما اختلافهم فى القنوت فيه فذهب أبو حنيفة وأصحابه الى انه يقنت فيه ومنعه مالك وأجازه الشافعى فى أحد قوليه فى النصف الآخر من رمضان وأجازه قوم فى النصف الاول من رمضان وقوم فى رمضان كله والسبب فى اختلافهم فى ذلك اختلاف الآثار وذلك أنه روى عنه صلى الله عليه وسلم القنوت مطلقا وروى عنه القنوت شهرا وروى عنه ان آخر أمره لم يكن يقنت فى شئ من الصلاة وانه نهى عن ذلك وقد تقدمت هذه المسئلة وأما صلاة الوتر على الراحلة حيث توجهت به فان الجمهور على جواز ذلك لثبوت ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام أعنى انه كان يوتر على الراحلة وهو مما يعتمدونه فى الحجة على انها ليست بفرض اذ كان قد صح عنه عليه الصلاة والسلام انه كان يتنفل على الراحلة ولم يصح عنه أنه صلى قط مفروضة على الراحلة وأما الحنفية فلما كان اتفاقهم معهم على هذه المقدمة وهو ان كل صلاة مفروضة لا تصلى على الراحلة واعتقادهم ان الوتر فرض وجب عندهم من ذلك أن لا تصلى على الراحلة وردوا الخبر بالقياس وذلك ضعيف وذهب أكثر العلماء الى أن المرء اذا أوتر ثم نام فقام يتنفل انه لا يوتر ثانية لقوله عليه الصلاة والسلام لا وتران فى ليلة خرج ذلك أبو داود وذهب بعضهم الى انه يشفع الوتر الأول بأن يضيف اليه ركعة ثانية و يوتر أخرى بعد التنفل شفعا وهى المسئلة التى يعرفونها بنقض الوتر وفيه ضعف من وجهين أحدهما ان الوتر ليس ينقلب الى النفل بتشفيعه والثانى ان التنفل بواحدة غير معروف من الشرع وتجويز هذا ولا تجويزه هو سبب الخلاف فى ذلك فمن راعى من الوتر المعنى المعقول وهو ضد الشفع قال ينقلب شفعا اذا أضيف اليه ركعة ثانية ومن راعى منه المعنى الشرعى قال ليس ينقلب شفعا لان الشفع نفل والوتر سنة مؤكدة أو واجبة

(الباب الثانى فى ركعتى الفجر)

واتفقوا على ان ركعتى الفجر سنة لمعاهدته عليه الصلاة والسلام على فعلها أكثر منه على سائر النوافل ولترغيبه فيها ولانه قضاها بعد طلوع الشمس حين نام عن الصلاة

واختلفوا من ذلك فى مسائل احداها فى المستحب من القراءة فيهما فعند مالك المستحب أن يقرأ فيهما بأم القرآن فقط وقال الشافعى لا بأس أن يقرأ فيهما بأم القرآن مع سورة قصيرة وقال أبو حنيفة لا توقيف فيهما فى القراءة يستحب وانه يجوز أن يقرأ فيهما المرء حزبه من الليل والسبب فى اختلافهم اختلاف قراءته عليه الصلاة والسلام فى هذه الصلاة واختلافهم فى تعيين القراءة فى الصلاة وذلك انه روى عنه عليه الصلاة والسلام انه كان يخفف ركعتى الفجر على مارونه عائشة قالت حتى انى أقول أقرأ فيهما بأم القرآن أم لا فظاهر هذا انه كان يقرأ فيهما بام القرآن فقط وروى عنه من طريق أبى هريرة خرجه أبو داود انه كان يقرأ فيهما بقل هو الله أحد وقل يا أيها الكافرون فمن ذهب مذهب حديث عائشة اختار قراءة أم القرآن فقط ومن ذهب مذهب الحديث الثانى اختار أم القرآن وسورة قصيرة ومن كان على أصله فى انه لا تتعين القراءة فى الصلاة لقوله تعالى (فاقرؤا ما تيسر منه) قال يقرأ فيهما ما أحب والثانية فى صفة القراءة المستحبة فيهما فذهب مالك والشافعى وأكثر العلماء الى ان المستحب فيهما هو الاسرار وذهب قوم الى أن المستحب فيهما هو الجهر وخير قوم فى ذلك بين الاسرار والجهر والسبب فى ذلك تعارض مفهوم الآثار وذلك ان حديث عائشة المتقدم المفهوم من ظاهره انه عليه الصلاة والسلام يقرأ فيهما سرا ولولا ذلك لم تشك عائشة هل قرأ فيهما بام القرآن أم لا وظاهر ماروى أبو هريرة انه كان يقرأ فيهما بقل يا أيها الكافرون وقل هو الله أحد ان قراءته عليه السلام فيهما كانت جهرا ولولا ذلك ما علم أبو هريرة ما كان يقرأ فيهما فمن ذهب مذهب الترجيح بين هذين الاثرين قال اما باختيار الجهر ان رجح حديث أبى هريرة واما باختيار الاسرار ان رجح حديث عائشة ومن ذهب مذهب الجمع قال بالتخيير والثالثة فى الذى لم يصل ركعتى الفجر وأدرك الامام فى الصلاة أو دخل المسجد ليصليهما فأقيمت الصلاة فقال مالك اذا كان قد دخل المسجد فأقيمت الصلاة فليدخل مع الامام فى الصلاة ولا يركعهما فى المسجد والامام يصلى الفرض وان كان لم يدخل المسجد فان لم يخف أن يفوته الامام بركعة فليركعهما خارج المسجد وان خاف فوات الركعة فليدخل مع الامام ثم يصليهما اذا طلعت الشمس ووافق أبو حنيفة مالكا

فى الفرق بين أن يدخل المسجد أولا يدخله وخالفه فى الحد فى ذلك فقال يركعهما خارج المسجد ماظن انه يدرك ركعة من الصبح مع الامام وقال الشافعى اذا أقيمت الصلاة المكتوبة فلا يركعهما أصلا لا داخل المسجد ولا خارجه وحكى ابن المنذر ان قوما جوّزوا ركوعهما فى المسجد والامام يصلى وهو شاذ والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام اذا أقيمت الصلاة فلا صلاة الا المكتوبة فمن حمل هذا على عمومه لم يجز صلاة ركعتى الفجر اذا أقيمت الصلاة المكتوبة لا خارج المسجد ولا داخله ومن قصره على المسجد فقد أجاز ذلك خارج المسجد مالم تفته الفريضة أولم يفته منها جزء ومن ذهب مذهب العموم فالعلة عنده فى النهى انما هو الاشتغال بالنفل عن الفريضة ومن قصر ذلك على المسجد فالعلة عنده انما هو أن تكون صلاتان معا فى موضع واحد لمكان الاختلاف على الامام كما روى عن أبى سلمة بن عبد الرحمن أنه قال سمع قوم الاقامة فقاموا يصلون فخرج عليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أصلاتان معا أصلاتان معا قال وذلك فى صلاة الصبح والركعتين اللتين قبل الصبح وانما اختلف مالك وأبو حنيفة فى القدر الذى يراعى من فوات صلاة الفريضة من قبل اختلافهم فى القدر الذى به يفوت فضل صلاة الجماعة للمشتغل بركعتى الفجر اذ كان فضل صلاة الجماعة عندهم أفضل من ركعتى الفجر فمن رأى انه بفوات ركعة منها يفوته فضل صلاة الجماعة قال يتشاغل بهامالم تفته ركعة من الصلاة المفروضة ومن رأى انه يدرك الفضل اذا أدرك ركعة من الصلاة لقوله عليه الصلاة والسلام من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة أى قد أدرك فضلها وحمل ذلك على عمومه فى تارك ذلك قصدا أو بغير اختيار قال يتشاغل بها ماظن انه يدرك ركعة منها ومالك انما يحمل هذا الحديث والله أعلم على من فاتته الصلاة دون قصد منه لفواتها ولذلك رأى انه اذا فاتته منها ركعة فقد فاته فضلها وأما من أجاز ركعتى الفجر فى المسجد والصلاة تقام فالسبب فى ذلك أحد أمرين اما أنه لم يصح عنده هذا الأثر أولم يبلغه قال أبو بكر بن المنذر هو أثر ثابت أعنى قوله عليه الصلاة والسلام اذا أقيمت الصلاة فلا صلاة الا المكتوبة وكذلك صححه أبو عمر بن عبد البر واجازة ذلك تروى عن ابن مسعود والرابعة فى وقت

قضائها اذا فاتت حتى صلى الصبح فان طائفة قالت يقضيها بعد صلاة الصبح و به قال عطاء وابن جريج وقال قوم يقضيها بعد طلوع الشمس ومن هؤلاء من جعل لها هذا الوقت غير متسع ومنهم من جعله لها متسعا فقال يقضيها من لدن طلوع الشمس الى وقت الزوال ولا يقضيها بعد الزوال وهؤلاء الذين قالوا بالقضاء منهم من استحب ذلك ومنهم من خير فيه والأصل فى قضائها صلاته لها عليه الصلاة والسلام بعد طلوع الشمس حين نام عن الصلاة

(الباب الثالث فى النوافل)

واختلفوا فى النوافل هل تثنى أو تربع أو تثلث فقال مالك والشافعى صلاة التطوع بالليل والنهار مثنى مثنى يسلم فى كل ركعتين وقال أبو حنيفة ان شاء ثنى أو ثلث أو ربع أو سدس أو ثمن دون أن يفصل بينهما بسلام وفرق قوم بين صلاة الليل وصلاة النهار فقالوا صلاة الليل مثنى مثنى وصلاة النهار أربع والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار الواردة فى هذا الباب وذلك انه ورد فى هذا الباب من حديث ابن عمر أن رجلا سأل النبى عليه الصلاة والسلام عن صلاة الليل فقال صلاة الليل مثنى مثنى فاذا خشى أحدكم الصبح صلى ركعة واحدة توتر له ما قد صلى وثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه كان يصلى قبل الظهر ركعتين و بعدها ركعتين و بعد المغرب ركعتين و بعد الجمعة ركعتين وقبل العصر ركعتين فمن أخذ بهذين الحديثين قال صلاة الليل والنهار مثنى مثنى وثبت أيضا من حديث عائشة أنها قالت وقد وصفت صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلى أربعا فلا تسأل عن حسنهن وطولهن ثم يصلى أربعا فلا تسأل عن حسنهن وطولهن ثم يصلى ثلاثا قالت فقلت يارسول الله أتنام قبل أن توتر قال ياعائشة ان عينى تنامان ولا ينام قلبى وثبت عنه أيضا من طريق أبى هريرة أنه قال عليه الصلاة والسلام من كان يصلى بعد الجمعة فليصل أربعا وروى الأسود عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلى من الليل تسع ركعات فلما أسن صلى سبع ركعات فمن أخذ أيضا بظاهر هذه الأحاديث جوز التنفل بالأربع والثلاث دون أن يفصل بينهما بسلام والجمهور على انه لا يتنفل بواحدة أو حسب ان فيه خلافا شاذا

﴿ الباب الرابع ﴾

في ركعتي دخول المسجد والجمهور على أن ركعتي دخول المسجد مندوب اليهما من غير ايجاب وذهب أهل الظاهر الى وجوبهما وسبب الخلاف في ذلك هل الأمر في قوله عليه الصلاة والسلام اذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين محمول على الندب أو على الوجوب فان الحديث متفق على صحته فمن تمسك في ذلك بما اتفق عليه الجمهور من أن الاصل هو حمل الأوامر المطلقة على الوجوب حتى يدل الدليل على الندب ولم ينقدح عنده دليل ينقل الحكم من الوجوب الى الندب قال الركعتان واجبتان ومن انقدح عنده دليل على حمل الأوامر ههنا على الندب أوكان الأصل عنده في الأوامر أن تحمل على الندب حتى يدل الدليل على الوجوب فان هذا قد قال به قوم قال الركعتان غير واجبتين لكن الجمهور انما ذهبوا الى حمل الأمر ههنا على الندب لمكان التعارض الذي بينه و بين الاحاديث التي تقتضي بظاهرها أو بنصها ان لا صلاة مفروضة الا الصلوات الخمس التي ذكرناها في صدر هذا الكتاب مثل حديث الاعرابي وغيره وذلك انه ان حمل الأمر ههنا على الوجوب لزم أن تكون المفروضات أكثر من خمس ولمن أوجبها أن الوجوب ههنا انما هو متعلق بدخول المسجد لا مطلقا كالأمر بالصلوات المفروضة وللفقهاء ان تقييد وجوبها بالمكان شبيه بتقييد وجوبها بالزمان ولأهل الظاهر ان المكان المخصوص ليس من شرط صحة الصلاة والزمان من شرط صحة الصلاة المفروضة واختلف العلماء من هذا الباب فيمن جاء المسجد وقد ركع ركعتي الفجر في بيته هل يركع عند دخوله المسجد أم لا فقال الشافعي يركع وهي رواية أشهب عن مالك وقال أبو حنيفة لا يركع وهي رواية ابن القاسم عن مالك وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله عليه الصلاة والسلام اذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين قوله عليه والصلاة والسلام لا صلاة بعد الفجر الا ركعتي الصبح فههنا عمومان وخصوصان أحدهما في الزمان والآخر في الصلاة وذلك أن حديث الأمر بالصلاة عند دخول المسجد عام في الزمان خاص في الصلاة والنهي عن الصلاة بعد الفجر الا ركعتا الصبح خاص في الزمان عام في الصلاة فمن استثنى خاص الصلاة من عامها رأى الركوع بعد ركعتي الفجر ومن استثنى خاص

الزمان من عامه لم يوجب ذلك وقد قلنا ان مثل هذا التعارض اذا وقع فليس يجب ان يصار الى أحد التخصيصين الا بدليل وحديث النهى لا يعارض به حديث الامر الثابت والله أعلم فان ثبت الحديث وجب طلب الدليل من موضع آخر

(الباب الخامس)

وأجمعوا على أن قيام شهر رمضان مرغب فيه أكثر من سائر الأشهر لقوله عليه الصلاة والسلام من قام رمضان ايمانا واحتسابا غفر له ما تقدم من ذنبه وان التراويح التى جمع عليها عمر بن الخطاب الناس مرغب فيها وان كانوا اختلفوا أى أفضل أهى أو الصلاة آخر الليل أعنى التى كانت صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن الجمهور على أن الصلاة آخر الليل أفضل لقوله عليه الصلاة والسلام أفضل الصلاة صلاتكم فى بيوتكم الا المكتوبة ولقول عمر فيها والتى تنامون عنها أفضل واختلفوا فى المختار من عدد الركعات التى يقوم بها الناس فى رمضان فاختار مالك فى أحد قوليه وأبو حنيفة والشافعى وأحمد وداود القيام بعشرين ركعة سوى الوتر وذكر ابن القاسم عن مالك أنه كان يستحسن ستا وثلاثين ركعة والوتر ثلاث وسبب اختلافهم اختلاف النقل فى ذلك وذلك أن مالكا روى عن يزيد بن رومان قال كان الناس يقومون فى زمان عمر بن الخطاب بثلاث وعشرين ركعة وخرج ابن أبى شيبة عن داود بن قيس قال أدركت الناس بالمدينة فى زمان عمر بن عبد العزيز وأبان بن عثمان يصلون ستا وثلاثين ركعة ويوترون بثلاث وذكر ابن القاسم عن مالك انه الأمر القديم يعنى القيام بست وثلاثين ركعة

(الباب السادس فى صلاة الكسوف)

اتفقوا على أن صلاة كسوف الشمس سنة وأنها فى جماعة واختلفوا فى صفتها وفى صفة القراءة فيها وفى الاوقات التى تجوز فيها وهل من شروطها الخطبة أم لا وهل كسوف القمر فى ذلك ككسوف الشمس ففى ذلك خمس مسائل أصول فى هذا الباب

﴿المسئلة الاولى﴾ ذهب مالك والشافعى وجمهور أهل الحجاز وأحمد أن صلاة الكسوف ركعتان فى كل ركعة ركوعان وذهب أبو حنيفة والكوفيون الى أن صلاة

الكسوف ركعتان على هيئة صلاة العيد والجمعة والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار الواردة فى هذا الباب ومخالفة القياس لبعضها وذلك انه ثبت من حديث عائشة انها قالت خسفت الشمس فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى بالناس فقام فأطال القيام ثم ركع فأطال الركوع ثم قام فأطال القيام وهو دون القيام الأول ثم ركع فأطال الركوع وهو دون الركوع الاول ثم رفع فسجد ثم رفع فسجد ثم فعل فى الركعة الآخرة مثل ذلك ثم انصرف وقد تجلت الشمس ولما ثبت أيضا من هذه الصفة فى حديث ابن عباس أعنى من ركوعين فى ركعة قال أبو عمر هذان الحديثان من أصح ماروى فى هذا الباب فمن أخذ بهذين الحديثين ورجحهما على غيرهما من قبل النقل قال صلاة الكسوف ركعتان فى ركعة وورد أيضا من حديث أبى بكرة وسمرة بن جندب وعبد الله بن عمرو والنعمان بن بشير انه صلى فى الكسوف ركعتين كصلاة العيد قال أبو عمر بن عبد البر وهى كلها آثار مشهورة صحاح ومن أحسنها حديث أبى قلابة عن النعمان بن بشير قال صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الكسوف نحو صلاتكم يركع ويسجد ركعتين ركعتين و يسأل الله حتى تجلت الشمس فمن رجح هذه الآثار لكثرتها وموافقتها للقياس أعنى موافقتها لسائر الصلوات قال صلاة الكسوف ركعتان قال القاضى خرج مسلم حديث سمرة قال أبو عمرو بالجملة فانما صار كل فريق منهم الى ماورد عن سلفه ولذلك رأى بعض أهل العلم ان هذا كله على التخيير وممن قال بذلك الطبرى قال القاضى وهو الاولى فان الجمع أولى من الترجيح قال أبو عمر وقد روى فى صلاة الكسوف عشر ركعات فى ركعتين وثمان ركعات فى ركعتين وست ركعات فى ركعتين وأربع ركعات فى ركعتين لكن من طرق ضعيفة قال أبو بكر ابن المنذر وقال اسحق بن راهويه كل ماورد من ذلك فمؤتلف غير مختلف لان الاعتبار فى ذلك لتجلى الكسوف فالزيادة فى الركوع انما تقع بحسب اختلاف التجلى فى الكسوفات التى صلى فيها وروى عن العلاء بن زياد انه كان يرى أن المصلى ينظر الى الشمس اذا رفع رأسه من الركوع فان كانت قد تجلت سجد وأضاف اليها ركعة ثانية وان كانت لم تنجل ركع فى الركعة الواحدة ركعة ثانية ثم نظر الى الشمس فان كانت تجلت سجد وأضاف اليها ثانية وان كانت لم تنجل ركع ثالثة فى الركعة الاولى

وهكذا حتى تنجلي وكان اسحق بن راهويه يقول لا يتعدى بذلك أربع ركعات في كل ركعة لانه لم يثبت عن النبي عليه الصلاة والسلام أكثر من ذلك وقال أبو بكر بن المنذر وكان بعض أصحابنا يقول الاختيار في صلاة الكسوف ثابت والخيار في ذلك للمصلي ان شاء في كل ركعة ركوعين وان شاء ثلاثة وان شاء أربعة ولم يصح عنده ذلك قال وهذا يدل على أن النبي عليه الصلاة والسلام صلى في كسوفات كثيرة قال القاضي هذا الذي ذكره هو الذي خرجه مسلم ولا أدري كيف قال أبو عمر فيها انها وردت من طرق ضعيفة وأما عشر ركعات في ركعتين فانما أخرجه أبو داود فقط

﴿المسئلة الثانية﴾ واختلفوا في القراءة فيها فذهب مالك والشافعي الى أن القراءة فيها سر وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن وأحمد واسحق ابن راهويه يجهر بالقراءة فيها والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك بمفهومها وبصيغها وذلك أن مفهوم حديث ابن عباس الثابت انه قرأ سرا لقوله فيه عنه عليه الصلاة والسلام فقام قياما نحوا من سورة البقرة وقد روى هذا المعنى نصا عنه انه قال قمت الى جنب رسول الله صلى الله عليه وسلم فما سمعت منه حرفا وقد روى أيضا من طريق ابن اسحق عن عائشة في صلاة الكسوف انها قالت تحريت قراءته فحزرت انه قرأ سورة البقرة فمن رجح هذه الأحاديث قال القراءة فيها سر ولما كان ما جاء في هذه الآثار استحب مالك والشافعي ان يقرأ في الاولى البقرة وفي الثانية آل عمران وفي الثالثة بقدر مائة وخمسين آية من البقرة وفي الرابعة بقدر خمسين آية من البقرة وفي كل واحدة أم القرآن ورجحوا أيضا مذهبهم هذا بما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال صلاة النهار عجماء ووردت ههنا أيضا أحاديث مخالفة لهذه فنها انه روى انه عليه الصلاة والسلام قرأ في احدى الركعتين من صلاة الكسوف بالنجم ومفهوم هذا انه جهر وكان أحمد واسحق يحتجان لهذا المذهب بحديث سفيان بن الحسين عن الزهري عن عروة عن عائشة أن النبي عليه الصلاة والسلام جهر بالقراءة في كسوف الشمس قال أبو عمر سفيان بن الحسين ليس بالقوي وقال وقد تابعه على ذلك عن الزهري عبد الرحمن بن سليمان بن كثير وكلهم ليس في الحديث الزهري مع أن حديث ابن اسحق المتقدم عن عائشة يعارضه واحتج هؤلاء أيضا لمذهبهم بالقياس الشبهي فقالوا صلاة سنة

تفعل فى جاعة نهارا فوجب أن يجهر فيها أصله العيدان والاستسقاء وخير فى ذلك كله الطبرى وهى طريقة الجمع وقد قلنا انها أولى من طريقة الترجيح اذا أمكنت ولا خلاف فى هذا أعلمه بين الاصوليين

﴿المسئلة الثالثة﴾ واختلفوا فى الوقت الذى تصلى فيه فقال الشافعى تصلى فى جميع الاوقات المنهى عن الصلاة فيها وغير المنهى وقال أبو حنيفة لا تصلى فى الاوقات المنهى عن الصلاة فيها وأما مالك فروى عنه ابن وهب أنه قال لا يصلى لكسوف الشمس الا فى الوقت الذى تجوز فيه النافلة وروى ابن القاسم أن سنتها ان تصلى ضحى الى الزوال وسبب اختلافهم فى هذه المسئلة اختلافهم فى جنس الصلاة التى لا تصلى فى الاوقات المنهى عنها فمن رأى أن تلك الاوقات تختص بجميع أجناس الصلاة لم يجز فيها صلاة كسوف ولا غيرها ومن رأى أن تلك الاحاديث تختص بالنوافل وكانت الصلاة عنده فى الكسوف سنة أجاز ذلك ومن رأى أيضا انها من النفل لم يجزها فى أوقات النهى وأما رواية ابن القاسم عن مالك فليس لها وجه الا تشبيهها بصلاة العيد

﴿المسئلة الرابعة﴾ واختلفوا أيضا هل من شرطها الخطبة بعد الصلاة فذهب الشافعى الى أن ذلك من شرطها وذهب مالك وأبو حنيفة الى انه لا خطبة فى صلاة الكسوف والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى العلة التى من أجلها خطب رسول الله الناس لما لما انصرف من صلاة الكسوف على ما فى حديث عائشة وذلك أنها روت انه لما انصرف من الصلاة وقد تجلت الشمس حمد الله وأثنى عليه ثم قال ان الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا يخسفان لموت أحد ولا لحياته الحديث فزعم الشافعى انه انما خطب لأن من سنة هذه الصلاة الخطبة كالحال فى صلاة العيدين والاستسقاء وزعم بعض من قال بقول أولئك ان خطبة النبى عليه الصلاة والسلام انما كانت يومئذ لأن الناس زعموا أن الشمس انما كسفت لموت ابراهيم ابنه عليه السلام

﴿المسئلة الخامسة﴾ واختلفوا فى كسوف القمر فذهب الشافعى الى انه يصلى له فى جماعة وعلى نحو ما يصلى فى كسوف الشمس وبه قال أحمد وداود وجماعة وذهب مالك وأبو حنيفة الى انه لا يصلى له فى جماعة واستحبوا أن يصلى الناس له أفذاذا ركعتين كسائر الصلوات النافلة وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام

ان الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا يخسفان لموت أحد ولا لحياته فاذا رأيتموها فادعوا الله وصلوا حتى يكشف ما بكم وتصدقوا خرّجه البخارى ومسلم فمن فهم ههنا من الأمر بالصلاة فيهما معنى واحدا وهى الصفة التى فعلها فى كسوف الشمس رأى الصلاة فيها فى جماعة ومن فهم من ذلك معنى مختلفا لأنه لم يروعنه عليه الصلاة والسلام أنه صلى فى كسوف القمر مع كثرة دورانه قال المفهوم من ذلك أقل ما ينطلق عليه اسم صلاة فى الشرع وهى النافلة فذا وكان قائل هذا القول يرى أن الأصل هو ان يحمل اسم الصلاة فى الشرع اذا ورد الأمر بها على أقل ما ينطلق عليه هذا الاسم فى الشرع الا أن يدل الدليل على غير ذلك فلما دل فعله عليه الصلاة والسلام فى كسوف الشمس على غير ذلك بقى المفهوم فى كسوف القمر على أصله والشافعى يحمل فعله فى كسوف الشمس بيانا للمجمل ما أمر به من الصلاة فيهما فوجب الوقوف عند ذلك وزعم أبو عمر ابن عبد البر انه روى عن ابن عباس وعثمان انهما صليا فى القمر فى جماعة ركعتين فى كل ركعة ركوعان مثل قول الشافعى وقد استحب قوم الصلاة للزلزلة والريح والظلمة وغير ذلك من الآيات قياسا على كسوف القمر والشمس لنصه عليه الصلاة والسلام على العلة فى ذلك وهو كونها آية وهو من أقوى أجناس القياس عندهم لأنه قياس العلة التى نص عليها لكن لم ير هذا مالك ولا الشافعى ولا جماعة من أهل العلم وقال أبو حنيفة ان صلى للزلزلة فقد أحسن والا فلا حرج وروى عن ابن عباس أنه صلى لها مثل صلاة الكسوف

(الباب السابع فى صلاة الاستسقاء)

أجمع العلماء على أن الخروج الى الاستسقاء والبروز عن المصر والدعاء الى الله تعالى والتضرع اليه فى نزول المطر سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا فى الصلاة فى الاستسقاء فالجمهور على أن ذلك من سنة الخروج الى الاستسقاء الا أبا حنيفة فانه قال ليس من سنته الصلاة وسبب الخلاف انه ورد فى بعض الآثار أنه استسقى وصلى وفى بعضها لم يذكر فيها صلاة ومن أشهر ما ورد فى أنه صلى وبه أخذ الجمهور حديث عباد ابن تميم عن عمه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج بالناس يستسقى فصلى بهم ركعتين جهر فيهما بالقراءة ورفع يديه حذو منكبيه وحول رداءه واستقبل القبلة

واستسقى خرّجه البخارى ومسلم وأما الأحاديث التى ذكر فيها الاستسقاء وليس فيها ذكر للصلاة فنها حديث أنس بن مالك خرّجه مسلم أنه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله هلكت المواشى وتقطعت السبل فادع الله فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فطرنا من الجمعة الى الجمعة ومنها حديث عبد الله بن زيد المازنى وفيه أنه قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستسقى وحول رداءه حين استقبل القبلة ولم يذكر فيه صلاة وزعم القائلون بظاهر هذا الاثر ان ذلك مروى عن عمر بن الخطاب أعنى أنه خرج الى المصلى فاستسقى ولم يصل والحجة للجمهور أنه لم يذكر شيأ فليس هو بحجة على من ذكره والذى يدل عليه اختلاف الآثار فى ذلك ليس عندى فيه شئ أكثر من أن الصلاة ليست من شرط صحة الاستسقاء اذ قد ثبت أنه عليه الصلاة والسلام قد استسقى على المنبر لا انها ليست من سنته كما ذهب اليه أبو حنيفة وأجمع القائلون بأن الصلاة من سنته على أن الخطبة أيضا من سنته لورود ذلك فى الأثر قال ابن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الاستسقاء وخطب واختلفوا هل هى قبل الصلاة أو بعدها لاختلاف الآثار فى ذلك فرأى قوم انها بعد الصلاة قياسا على صلاة العيدين وبه قال الشافعى ومالك وقال الليث بن سعد الخطبة قبل الصلاة قال ابن المنذر قد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه استسقى فخطب قبل الصلاة وروى عن عمر بن الخطاب مثل ذلك وبه نأخذ قال القاضى وقد خرج ذلك أبو داود من طرق ومن ذكر الخطبة فانما ذكرها فى على قبل الصلاة واتفقوا على أن القراءة فيها جهرا واختلفوا هل يكبر فيها كما يكبر فى العيدين فذهب مالك الى أنه يكبر فيها كما يكبر فى سائر الصلوات وذهب الشافعى الى أنه يكبر فيها كما يكبر فى العيدين وسبب الخلاف اختلافهم فى قياسها على صلاة العيدين وقد احتج الشافعى لمذهبه فى ذلك بما روى عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى فيها ركعتين كما يصلى فى العيدين واتفقوا على أن من سنتها أن يستقبل الامام القبلة واقفا و يدعو و يحول رداءه رافعا يديه على ما جاء فى الآثار واختلفوا فى كيفية ذلك ومتى يفعل ذلك فأما كيف ذلك فالجمهور على أنه يجعل ما على يمينه على شماله وما على شماله على يمينه وقال الشافعى بل يجعل أعلاه أسفله وما على يمينه من على يساره وما على يساره

على يمينه وسبب الاختلاف اختلاف الآثار فى ذلك وذلك أنه جاء فى حديث عبد الله ابن زيد أنه صلى الله عليه وسلم خرج الى المصلى يستسقى فاستقبل القبلة وقلب رداءه وصلى ركعتين وفى بعض رواياته قلت أجعل الشمال على اليمين واليمين على الشمال أم جعل أعلاه أسفله قال بل جعل الشمال على اليمين واليمين على الشمال وجاء أيضا فى حديث عبد الله هذا أنه قال استسقى رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه خميصة له سوداء فأراد أن يأخذ بأسفلها فيجعله أعلاها فلما ثقلت عليه قلبها على عاتقه وأما متى يفعل الامام ذلك فان مالكا والشافعى قالا يفعل ذلك عند الفراغ من الخطبة وقال أبو يوسف يحول رداءه اذا مضى صدر من الخطبة وروى ذلك أيضا عن مالك وكلهم يقول أنه اذا حول الامام رداءه قائما حول الناس أرديتهم جلوسا لقوله عليه الصلاة والسلام انما جعل الامام ليؤتم به الا محمد بن الحسن والليث بن سعد و بعض أصحاب مالك فان الناس عندهم لا يحولون أرديتهم بتحويل الامام لأنه لم ينقل ذلك فى صلاته عليه الصلاة والسلام بهم وجماعة العلماء على أن الخروج لها وقت الخروج الى صلاة العيدين الا أبا بكر بن محمد ابن عمر بن حزم فانه قال ان الخروج اليها عند الزوال وروى أبو داود عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى الاستسقاء حين بدا حاجب الشمس

(الباب الثامن فى صلاة العيدين)

أجمع العلماء على استحسان الغسل لصلاة العيدين وأنهما بلا أذان ولا اقامة لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ما أحدث من ذلك معاوية فى أصح الأقاويل قاله أبو عمر وكذلك أجمعوا على ان السنة فيها تقديم الصلاة على الخطبة لثبوت ذلك أيضا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ما روى عن عثمان بن عفان انه أخر الصلاة وقدم الخطبة لئلا يفترق الناس قبل الخطبة وأجمعوا أيضا على انه لا توقيت فى القراءة فى العيدين وأكثرهم استحب أن يقرأ فى الاولى بسبح وفى الثانية بالغاشية لتواتر ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واستحب الشافعى القراءة فيهما بقاف والقرآن المجيد واقتربت الساعة لثبوت ذلك عنه عليه الصلاة والسلام واختلفوا من ذلك فى مسائل أشهرها اختلافهم فى التكبير وذلك انه حكى فى ذلك أبو بكر

ابن المنذر نحوا من اثني عشر قولا الا أنا نذكر من ذلك المشهور الذي يستند الى صحابي أو سماع (فنقول) ذهب مالك الى أن التكبير في الأولى من ركعتي العيدين سبع مع تكبيرة الاحرام قبل القراءة وفي الثانية ست مع تكبيرة القيام من السجود وقال الشافعي في الاولى ثمانية وفي الثانيـة ست مع تكبيرة القيام من السجود وقال أبو حنيفة يكبر في الاولى ثلاثا بعد تكبيرة الاحرام يرفع يديه فيها ثم يقرأ أم القرآن وسورة ثم يكبر راكعا ولا يرفع يديه فاذا قام الى الثانية كبر ولم يرفع يديه وقرأ فاتحـة الكتاب وسورة ثم كبر ثلاث تكبيرات يرفع فيها يديه ثم يكبر للركوع ولا يرفع فيها يديه وقال قوم فيها تسع في كل ركعة وهو مروى عن ابن عباس والمغيرة بن شعبة وأنس ابن مالك وسعيد بن المسيب وبه قال النخعي وسبب اختلافهم اختلاف الآثار المنقولة في ذلك عن الصحابة فذهب مالك رحمه الله الى ما رواه عن ابن عمر أنه قال شهدت الأضحى والفطر مع أبي هريرة فكبر في الاولى سبع تكبيرات قبل القراءة وفي الآخرة خمسا قبل القراءة ولأن العمل عنده بالمدينة كان على هذا وبهذا الأثر بعينه أخذ الشافعي الا أنه تأول في السبع انه ليس فيها تكبيرة الاحرام كما ليس في الخمس تكبيرة القيام ويشبه أن يكون مالك انما أصاره أن يعد تكبيرة الاحرام في السبع ويعد تكبيرة القيام زائدا على الخمس المروية ان العمل ألفاه على ذلك فكأنه عنده وجه من الجمع بين الأثر والعمل وقد خرج أبو داود معنى حديث أبي هريرة مرفوعا عن عائشة وعن عمرو بن العاصي وروى أنه سئل أبو موسى الأشعري وحذيفة بن اليمان كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبر في الأضحى والفطر فقال أبو موسى كان يكبر أربعا على الجنائز فقال حذيفة صدق فقال أبو موسى كذلك كنت أكبر في البصرة حين كنت عليهم وقال قوم بهـذا وأما أبو حنيفة وسائر الكوفيين فانهم اعتمدوا في ذلك على ابن مسعود وذلك انه ثبت عنه انه كان يعلمهم صلاة العيدين على الصفة المتقدمة وانما صار الجميع الى الأخذ بأقاويل الصحابة في هذه المسئلة لأنه لم يثبت فيها عن النبي عليه الصلاة والسلام شئ ومعلوم ان فعل الصحابة في ذلك هو توقيف اذ لا مدخل للقياس في ذلك وكذلك اختلفوا في رفع اليدين عند كل تكبيرة فمنهم من رأى ذلك وهو مذهب الشافعي ومنهم من لم ير الرفع الا في استفتاح فقط

ومنهم من خير واختلفوا فيمن تجب عليه صلاة العيد أعني وجوب السنة فقالت طائفة يصليها الحاضر والمسافر وبه قال الشافعي والحسن البصري وكذلك قال الشافعي انه يصليها أهل البوادي ومن لا يجمع حتى المرأة في بيتها وقال أبو حنيفة وأصحابه انما تجب صلاة الجمعة والعيدين على أهل الأمصار والمدائن وروى عن علي أنه قال لا جمعة ولا تشريق الا في مصر جامع وروى عن الزهري أنه قال لا صلاة فطر ولا أضحى على مسافر والسبب في هذا الاختلاف اختلافهم في قياسها على الجمعة فمن قاسها على الجمعة كان مذهبه فيها على مذهبه في الجمعة ومن لم يقسها رأى ان الأصل هو أن كل مكلف مخاطب بها حتى يثبت استثناؤه من الخطاب قال القاضي قد فرقت السنة بين الحكم للنساء في العيدين والجمعة وذلك انه ثبت أنه عليه الصلاة والسلام أمر النساء بالخروج للعيدين ولم يأمر بذلك في الجمعة وكذلك اختلفوا في الموضع الذي يجب منه المجيء اليها كاختلافهم في صلاة الجمعة من الثلاثة الأميال الى مسيرة اليوم التام واتفقوا على أن وقتها من شروق الشمس الى الزوال واختلفوا فيمن لم يأتهم علم بأنه العيد الا بعد الزوال فقالت طائفة ليس عليهم أن يصلوا يومهم ولا من الغد وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وقال آخرون يخرجون الى الصلاة في غداة ثاني العيد وبه قال الأوزاعي وأحمد واسحق قال أبو بكر بن المنذر وبه نقول لحديث رويناه عن النبي عليه الصلاة والسلام انه أمرهم أن يفطروا فاذا أصبحوا أن يعودوا الى مصلاهم قال القاضي خرجه أبو داود الا أنه عن صحابي مجهول ولكن الأصل فيهم رضي الله عنهم حملهم على العدالة واختلفوا اذا اجتمع في يوم واحد عيد وجمعة هل يجزي العيد عن الجمعة فقال قوم يجزي العيد عن الجمعة وليس عليه في ذلك اليوم الا العصر فقط وبه قال عطاء وروى ذلك عن ابن الزبير وعلي وقال قوم هذه رخصة لأهل البوادي الذين يردون الأمصار للعيد والجمعة خاصة كما روى عن عثمان أنه خطب في يوم عيد وجمعة فقال من أحب من أهل العالية أن ينتظر الجمعة فلينتظر ومن أحب أن يرجع فليرجع رواه مالك في الموطأ وروى نحوه عن عمر بن عبد العزيز وبه قال الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة اذا اجتمع عيد وجمعة فالمكلف مخاطب بهما جميعا العيد على أنه سنة والجمعة على أنها فرض ولا ينوب أحدهما عن الآخر

وهذا هو الأصل الا أن يثبت فى ذلك شرع يجب المصير اليه ومن تمسك بقول عثمان فلانه رأى أن مثل هذا ليس هو بالرأى وانما هو توقيف وليس هو بخارج عن الأصول كل الخروج وأما اسقاط فرض الظهر والجمعة التى هى بدله لمكان صلاة العيد فخارج عن الأصول جدا الا أن يثبت فى ذلك شرع يجب المصير اليه واختلفوا فيمن تفوته صلاة العيد مع الامام فقال قوم يصلى أربعا وبه قال أحمد والثورى وهو مروى عن ابن مسعود وقال قوم بل يقضيها على صفة صلاة الامام ركعتين يكبر فيهما نحو تكبيره ويجهر كجهره وبه قال الشافعى وأبو ثور وقال قوم بل ركعتين فقط لا يجهر فيهما ولا يكبر تكبير العيد وقال قوم ان صلى الامام فى المصلى صلى ركعتين وان صلى فى غير المصلى صلى أربع ركعات وقال قوم لا قضاء عليه أصلا وهو قول مالك وأصحابه وحكى ابن المنذر عنه مثل قول الشافعى فمن قال أربعا شبهها بصلاة الجمعة وهو تشبيه ضعيف ومن قال ركعتين كما صلاهما الامام فمصيرا الى أن الأصل هو أن القضاء يجب أن يكون على صفة الأداء ومن منع القضاء فلانه رأى انها صلاة من شرطها الجماعة والامام كالجمعة فلم يجب قضاؤها ركعتين ولا أربعا اذ ليست هى بدلا من شئ وهذان القولان هما اللذان يتردد فيهما النظر أعنى قول الشافعى وقول مالك وأما سائر الأقاويل فى ذلك فضعيف لا معنى له لأن صلاة الجمعة بدل من الظهر وهذه ليست بدلا من شئ فكيف يجب أن تقاس احداهما على الأخرى فى القضاء وعلى الحقيقة فليس من فاتته الجمعة فصلاته للظهر قضاء بل هى أداء لأنه اذا فاته البدل وجبت هى والله الموفق للصواب واختلفوا فى التنفل قبل صلاة العيد وبعدها فالجمهور على أنه لا يتنفل لا قبلها ولا بعدها وهو مروى عن على بن أبى طالب وابن مسعود وحذيفة وجابر وبه قال أحمد وقيل يتنفل قبلها وبعدها وهو مذهب أنس وعروة وبه قال الشافعى وفيه قول ثالث وهو أن يتنفل بعدها ولا يتنفل قبلها وقال به الثورى والأوزاعى وأبو حنيفة وهو مروى أيضا عن ابن مسعود وفرق قوم بين أن تكون الصلاة فى المصلى أو فى المسجد وهو مشهور مذهب مالك وسبب اختلافهم أنه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج يوم فطر أو يوم أضحى فصلى ركعتين لم يصل قبلهما ولا بعدهما وقال عليه

الصلاة والسلام اذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين وترددها أيضا من حيث هي مشروعة بين أن يكون حكمها في استحباب التنفل قبلها وبعدها حكم المكتوبة أولا يكون ذلك حكمها فمن رأى أن تركه الصلاة قبلها وبعدها هو من باب ترك الصلاة قبل السنن وبعدها ولم ينطلق اسم المسجد عنده على المصلى لم يستحب تنفلا لا قبلها ولا بعدها ولذلك تردد المذهب في الصلاة قبلها اذا صليت في المسجد تكون دليل الفعل معارضا في ذلك القول أعني انه من حيث هو داخل في مسجد يستحب له الركوع ومن حيث هو مصل صلاة العيد يستحب له أن لا يركع تشبها بفعله عليه الصلاة والسلام ومن رأى ان ذلك من باب الرخصة ورأى ان اسم المسجد ينطلق على المصلى ندب الى التنفل قبلها ومن شبهها بالصلاة المفروضة استحب التنفل قبلها وبعدها كما قلنا ورأى قوم أن التنفل قبلها وبعدها من باب المباح الجائز لا من باب المندوب ولا من باب المكروه وهو أقل اشتباها ان لم يتناول اسم المسجد المصلى * واختلفوا في وقت التكبير في عيد الفطر بعد أن أجمع على استحبابه الجهور لقوله تعالى ولتكملوا العدة ولتكبروا الله على ما هداكم فقال جمهور العلماء يكبر عند الغدو الى الصلاة وهو مذهب ابن عمر وجماعة من الصحابة والتابعين وبه قال مالك وأحمد واسحق وأبو ثور وقال قوم يكبر من ليلة الفطر اذا رأوا الهلال حتى يغدوا الى المصلى وحتى يخرج الامام وكذلك في ليلة الاضحى عندهم ان لم يكن حاجا وروى عن ابن عباس انكار التكبير جملة الا اذا كبر الامام واتفقوا أيضا على التكبير في ادبار الصلوات أيام الحج واختلفوا في توقيت ذلك اختلافا كثيرا فقال قوم يكبر من صلاة الصبح يوم عرفة الى العصر من آخر أيام التشريق وبه قال سفيان وأحمد وأبو ثور وقيل يكبر من صلاة الظهر من يوم النحر الى صلاة الصبح من آخر أيام التشريق وهو قول مالك والشافعي وقال الزهري مضت السنة أن يكبر الامام في الامصار دبر صلاة الظهر من يوم النحر الى العصر من آخر أيام التشريق وبالجملة فالخلاف في ذلك كثير حكى ابن المنذر فيها عشرة أقوال وسبب اختلافهم في ذلك هو انه نقلت بالعمل ولم ينقل في ذلك قول محدود فلما اختلفت الصحابة في ذلك اختلف من بعدهم والاصل في هذا الباب قوله تعالى (واذكروا الله في أيام معدودات)

فهذا الخطاب وان كان المقصود به أولا أهل الحج فان الجمهور رأو انه يعم أهل الحج وغيرهم وتاتى ذلك بالعمل وان بالعمل وان كان اختلفوا فى التوقيت فى ذلك ولعل التوقيت فى ذلك على التخيير لانهم كلهم أجمعوا على التوقيت واختلفوا فيه وقال قوم التكبير دبر الصلاة فى هذه الايام انما هو لمن صلى فى جماعة وكذلك اختلفوا فى صفة التكبير فى هذه الايام فقال مالك والشافعى يكبر ثلاثا الله أكبر الله أكبر الله أكبر وقيل يزيد بعد هذا لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شئ قدير وروى عن ابن عباس أنه يقول الله أكبر كبيرا ثلاث مرات ثم يقول الرابعة ولله الحمد وقالت جماعة ليس فيه شئ موقت والسبب فى هذا الاختلاف عدم التحديد فى ذلك فى الشرع مع فهمهم من الشرع فى ذلك التوقيت أعنى فهم الاكثر وهذا هو السبب فى اختلافهم فى توقيت زمان التكبير أعنى فهم التوقيت مع عدم النص فى ذلك وأجمعوا على أنه يستحب أن يفطر فى عيد الفطر قبل الغدو الى المصلى وأن لا يفطر يوم الاضحى الا بعد الانصراف من الصلاة وانه يستحب أن يرجع على غير الطريق التى مشى عليها لثبوت ذلك من فعله عليه الصلاة السلام

(الباب التاسع فى سجود القرآن)

والكلام فى هذا الباب ينحصر فى خمسة فصول فى حكم السجود وفى عدد السجدات التى هى عزائم أعنى التى يسجد لها وفى الاوقات التى يسجد لها وعلى من يجب السجود وفى صفة السجود فأما حكم سجود التلاوة فان أبا حنيفة وأصحابه قالوا هو واجب وقال مالك والشافعى هو مسنون وليس بواجب وسبب الخلاف اختلافهم فى مفهوم الاوامر بالسجود والاخبار التى معناها معنى الاوامر بالسجود مثل قوله تعالى (اذا تتلى عليهم آيات الرحمن خروا سجدا وبكيا) هل هى محمولة على الوجوب أو على الندب فأبو حنيفة حملها على ظاهرها من الوجوب ومالك والشافعى اتبعا فى مفهومها الصحابة اذ كانوا هم أقعد بفهم الاوامر الشرعية وذلك انه لما ثبت ان عمر ابن الخطاب قرأ السجدة يوم الجمعة فنزل وسجد وسجد الناس معه فلما كان فى الجمعة الثانية وقرأها تهيأ الناس للسجود فقال على رسلكم ان الله لم يكتبها علينا الا أن نشاء قالوا وهذا بمحضر الصحابة فلم ينقل عن أحد منهم خلاف وهم أفهم

بمغزى الشرع وهذا انما يحتج به من يرى قول الصحابى اذا لم يكن له مخالف حجة
وقد احتج أصحاب الشافعى فى ذلك بحديث زيد بن ثابت أنه قال كنت أقرأ
القرآن على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقرأت سورة الحج فلم يسجد ولم نسجد
وكذلك أيضا يحتج لهؤلاء بما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه لم يسجد فى المفصل
وبما روى انه سجد فيها لان وجه الجمع بين ذلك يقتضى أن لا يكون السجود واجبا
وذلك بأن يكون كل واحد منهم حدث بما رأى من قال انه سجد ومن قال انه لم يسجد
وأما أبو حنيفة فتمسك فى ذلك بأن الاصل هو حمل الاوامر على الوجوب أو الاخبار
التى تتنزل منزلة الاوامر وقد قال أبو المعالى ان احتجاج أبى حنيفة بالاوامر الواردة
بالسجود فى ذلك لا معنى له فان ايجاب السجود مطلقا ليس يقتضى وجوبه مقيدا
وهو عند القراءة أعنى قراءة آية السجود قال لو كان الامر كما زعم ابو حنيفة لكانت
الصلاة تجب عند قراءة الآية التى فيها الامر بالصلاة واذا لم يجب ذلك فليس يجب
السجود عند قراءة الآية التى فيها الامر بالسجود من الامر بالسجود ولابى حنيفة
أن يقول قد أجمع المسلمون على ان الاخبار الواردة فى السجود عند تلاوة القرآن
هى بمعنى الامر وذلك فى أكثر المواضع واذا كان ذلك كذلك فقد ورد الامر
بالسجود مقيدا بالتلاوة أعنى عند التلاوة وورد الامر به مطلقا فوجب حمل المطلق
على المقيد وليس الامر فى ذلك بالسجود كالامر بالصلاة فان الصلاة قيد وجوبها
بقيود أخر وأيضا فان النبى عليه الصلاة والسلام قد سجد فيها فبين لنا بذلك معنى
الامر بالسجود الوارد فيها أعنى انه عند التلاوة فوجب أن يحمل مقتضى الامر
فى الوجوب عليه * وأما عدد عزائم سجود القرآن فان مالكا قال فى الموطأ
الامر عندنا ان عزائم سجود القرآن احدى عشرة سجدة ليس فى المفصل منها شئ
وقال أصحابه أولها خاتمة الاعراف وثانيها فى الرعد عند قوله تعالى بالغدو والآصال
وثالثها فى النحل عند قوله تعالى ويفعلون ما يؤمرون ورابعها فى بنى اسرائيل
عند قوله ويزيدهم خشوعا وخامسها فى مريم عند قوله تعالى خروا سجدا وبكيا
وسادسها الاولى من الحج عند قوله تعالى ان الله يفعل ما يشاء وسابعها فى الفرقان
عند قوله وزادهم نفورا وثامنها فى النمل عند قوله تعالى رب العرش العظيم وتاسعها

فى الم تنزيل عند قوله تعالى وهم لا يستكبرون وعاشرها فى ص عند قوله
تعالى وخر راكعا وأناب والحادية عشر فى حم تنزيل عند قوله تعالى ان كنتم
اياه تعبدون وقيل عند قوله وهم لا يسأمون وقال الشافعى أربع عشرة سجدة
ثلاث منها فى المفصل فى الانشقاق وفى النجم وفى اقرأ باسم ربك ولم ير فى ص
سجدة لانها عنده من باب الشكر وقال أحمد هى خمس عشرة سجدة أثبت فيها
الثانية من الحج وسجدة ص وقال أبو حنيفة هى اثنتا عشرة سجدة قال
الطحاوى وهى كل سجدة جاءت بلفظ الخبر والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى
المذاهب التى اعتمدوها فى تصحيح عددها وذلك ان منهم من اعتمد عمل أهل
المدينة ومنهم من اعتمد القياس ومنهم من اعتمد السماع أما الذين اعتمدوا العمل
فمالك وأصحابه وأما الذين اعتمدوا القياس فأبو حنيفة وأصحابه وذلك انهم قالوا
وجدنا السجدات التى أجمع عليها جاءت بصيغة الخبر وهى سجدة الاعراف والنحل
والرعد والاسراء ومريم وأول الحج والفرقان والنمل والم تنزيل فوجب أن يلحق بها
سائر السجدات التى جاءت بصيغة الخبر وهى التى فى ص وفى الانشقاق ويسقط
ثلاثة جاءت بلفظ الامر وهى التى فى والنجم وفى الثانية من الحج وفى اقرأ باسم ربك
وأما الذين اعتمدوا السماع فانهم صاروا الى ما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من
سجوده فى الانشقاق وفى اقرأ باسم ربك وفى والنجم خرج ذلك مسلم وقال الأثرم
سئل أحمد كم فى الحج من سجدة قال سجدتان وصحح حديث عقبة بن عامر عن
النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال فى الحج سجدتان وهو قول عمر وعلى قال القاضى
خرجه أبو داود وأما الشافعى فانه انما صار الى اسقاط سجدة ص لما رواه أبو داود
عن أبى سعيد الخدرى أن النبى عليه الصلاة والسلام قرأ وهو على المنبر آية السجود
من سورة ص فنزل فسجد فلما كان يوم آخر قرأها فتهيأ الناس للسجود فقال
انما هى توبة نبى ولكن رأيتكم تشيرون للسجود فنزلت فسجدت وفى هذا ضرب
من الحجة لأبى حنيفة فى قوله بوجوب السجود لانه علل ترك السجود فى هذه
السجدة بعلة انتفت فى غيرها من السجدات فوجب أن يكون حكم التى انتفت عنها
العلة بخلاف التى ثبتت لها العلة وهو نوع من الاستدلال وفيه اختلاف لانه من باب

تجويز دليل الخطاب وقد احتج بعض من لم ير السجود فى المفصل بحديث عكرمة عن ابن عباس خرجه أبو داود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسجد فى شئ من المفصل منذ هاجر الى المدينة قال ابو عمر وهو منكر لان أبا هريرة الذى روى سجوده فى المفصل لم يصحبه عليه الصلاة والسلام الا بالمدينة وقد روى الثقات عنه أنه سجد عليه الصلاة والسلام فى والنجم * وأما وقت السجود فانهم اختلفوا فيه فمنع قوم السجود فى الاوقات المنهى عن الصلاة فيها وهو مذهب أبى حنيفة على أصله فى منع الصلوات المفروضة فى هذه الاوقات ومنع مالك أيضا ذلك فى الموطأ لانها عنده من النفل والنفل ممنوع فى هذه الاوقات عنده وروى ابن القاسم عنه أنه يسجد فيها بعد العصر مالم تصفر الشمس أو تتغير وكذلك بعد الصبح وبه قال الشافعى وهذا بناء على انها سنة وأن السنن تصلى فى هذه الاوقات مالم تدن الشمس من الغروب أو الطلوع * واما على من يتوجه حكمها فاجمعوا على انه يتوجه على القارئ فى صلاة كان أو فى غير صلاة واختلفوا فى السامع هل عليه سجود أم لا فقال أبو حنيفة عليه السجود ولم يفرق بين الرجل والمرأة وقال مالك يسجد السامع بشرطين أحدهما اذا كان قعد ليسمع القرآن والآخر أن يكون القارئ يسجد وهو مع هذا ممن يصح أن يكون اماما للسامع وروى ابن القاسم عن مالك انه يسجد السامع وان كان القارئ ممن لا يصلح للامامة اذا جلس اليه وأما صفة السجود فان جمهور الفقهاء قالوا اذا سجد القارئ كبر اذا خفض واذا رفع واختلف قول مالك فى ذلك اذا كان فى غير صلاة وأما اذا كان فى الصلاة فانه يكبر قولا واحدا

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله ﴾

(كتاب أحكام الميت)

والكلام فى هذا الكتاب وهى حقوق الاموات على الاحياء ينقسم الى ست جمل الجملة الاولى فيما يستحب أن يفعل به عند الاحضار و بعده الثانية فى غسله الثالثة فى تكفينه الرابعة فى حمله واتباعه الخامسة فى الصلاة عليه السادسة فى دفنه

(الباب الاول)

ويستحب أن يلقن الميت عند الموت شهادة أن لا اله الا الله لقوله عليه الصلاة والسلام لقنوا موتاكم شهادة أن لا اله الا الله وقوله من كان آخر قوله لا اله الا الله دخل الجنة واختلفوا فى استحباب توجيهه الى القبلة فرأى ذلك قوم ولم يره آخرون وروى عن مالك أنه قال فى التوجيه ماهو من الامر القديم وروى عن سعيد بن المسيب انه أنكر ذلك ولم يرو ذلك عن أحد من الصحابة ولا من التابعين أعنى الامر بالتوجيه فاذا قضى الميت غمض عينه ويستحب تعجيل دفنه لورود الآثار بذلك الا الغريق فانه يستحب فى المذهب تأخير دفنه مخافة أن يكون الماء قد غمره فلم تتبين حياته قال القاضى واذا قيل هذا فى الغريق فهو أولى فى كثير من المرضى مثل الذين يصيبهم انطباق العروق وغير ذلك مما هو معروف عند الاطباء حتى لقد قال الاطباء ان المسكوتين لا ينبغى أن يدفنوا الا بعد ثلاث

(الباب الثانى فى غسل الميت)

ويتعلق بهذا الباب فصول أربعة منها فى حكم الغسل ومنها فيمن يجب غسله من الموتى ومن يجوز أن يغسل وما حكم الغاسل ومنها فى صفة الغسل

(الفصل الاول)

فأما حكم الغسل فانه قيل فيه انه فرض على الكفاية وقيل سنة على الكفاية والقولان كلاهما فى المذهب والسبب فى ذلك انه نقل بالعمل لا بالقول والعمل ليس له صيغة تفهم الوجوب أو لا تفهمه وقد احتج عبد الوهاب لوجوبه بقوله عليه الصلاة والسلام فى ابنته اغسلنها ثلاثا أو خمسا وبقوله فى المحرم اغسلوه فمن رأى ان هذا القول خرج مخرج تعليم لصفة الغسل لا مخرج الامر به لم يقل بوجوبه ومن رأى انه يتضمن الأمر والصفة قال بوجوبه

(الفصل لثانى)

وأما الاموات الذين يجب غسلهم فانهم اتفقوا من ذلك على غسل الميت المسلم الذى لم يقتل فى معترك حرب الكفار واختلفوا فى غسل الشهيد وفى الصلاة عليه وفى غسل

المشرك فاما الشهيد أعنى الذى قتله فى المعترك المشركون فان الجمهور على ترك غسله لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بقتلى أحد فدفنوا بثيابهم ولم يصل عليهم وكان الحسن وسعيد بن المسيب يقولان يغسل كل مسلم فان كل ميت يجنب ولعلهم كانوا يرون أن ما فعل بقتلى أحد كان لموضع الضرورة أعنى المشقة فى غسلهم وقال بقولهم من فقهاء الامصار عبيد الله بن الحسن العنبرى وسئل أبو عمر فيما حكى ابن المنذر عن غسل الشهيد فقال قد غسل عمر وكفن وحنط وصلى عليه وكان شهيدا يرحمه الله واختلف الذين اتفقوا على أن الشهيد فى حرب المشركين لا يغسل فى الشهداء من قتل اللصوص أو غير أهل الشرك فقال الاوزاعى وأحمد وجماعة حكمهم حكم من قتله أهل الشرك وقال مالك والشافعى يغسل وسبب اختلافهم هو هل الموجب لرفع حكم الغسل هى الشهادة مطلقا أو الشهادة على أيدى الكفار فمن رأى ان سبب ذلك هى الشهادة مطلقا قال لا يغسل كل من نص عليه النبى عليه الصلاة والسلام انه شهيد ممن قتل ومن رأى ان سبب ذلك هى الشهادة من الكفار قصر ذلك عليهم وأما غسل المسلم الكافر فكان مالك يقول لا يغسل المسلم والده الكافر ولا يقبره الا أن يخاف ضياعه فيواريه وقال الشافعى لا بأس بغسل المسلم قرابته من المشركين ودفنهم وبه قال أبو ثور وأبو حنيفة وأصحابه قال أبو بكر بن المنذر ليس فى غسل الميت المشرك سنة تتبع وقد روى أن النبى عليه الصلاة والسلام أمر بغسل عمه لما مات وسبب الخلاف هل الغسل من باب العبادة أو من باب النظافة فان كانت عبادة لم يجز غسل الكافر وان كانت نظافة جاز غسله

(الفصل الثالث)

وأما من يجوز أن يغسل الميت فانهم اتفقوا على أن الرجال يغسلون الرجال والنساء يغسلون النساء واختلفوا فى المرأة تموت مع الرجال أو الرجل يموت مع النساء ما لم يكونا زوجين على ثلاثة أقوال فقال قوم يغسل كل واحد منهما صاحبه من فوق الثياب وقال قوم ييمم كل واحد منهما صاحبه وبه قال الشافعى وأبو حنيفة وجمهور العلماء وقال قوم لا يغسل واحد منهما صاحبه ولا ييممه وبه قال الليث بن سعد بل يدفن من غير غسل وسبب اختلافهم هو الترجيح بين تغليب النهى على الامر أو الامر على النهى

وذلك ان الغسل مأمور به ونظر الرجل الى بدن المرأة والمرأة الى بدن الرجل منهي عنه فمن غلب النهي تغليبا مطلقا أعني لم يقس الميت على الحي في كون طهارة التراب له بدلا من طهارة الماء عند تعذرها قال لا يغسل واحد منهما صاحبه ولا ييممه ومن غلب الامر على النهي قال يغسل كل واحد منهما صاحبه أعني غلب الامر على النهي تغليبا مطلقا ومن ذهب الى التيمم فلانه رأى انه لا يلحق الامر والنهي في ذلك تعارض وذلك ان النظر الى مواضع التيمم يجوز لكلا الصنفين ولذلك رأى مالك أن ييمم الرجل المرأة في يديها ووجهها فقط لكون ذلك منها ليسا بعورة وأن ييمم المرأة الرجل الى المرفقين لانه ليس من الرجل عورة الا من السرة الى الركبة على مذهبه فكأن الضرورة التي نقلت الميت من الغسل الى التيمم عند من قال به هي تعارض الامر والنهي فكأنه شبه هذه الضرورة بالضرورة التي يجوز معها للحي التيمم وهو تشبيه فيه بعد ولكن عليه الجمهور فأما مالك فاختلف قوله في هذه المسئلة فمرة قال ييمم كل واحد منهما صاحبه قولا مطلقا ومرة فرق في ذلك بين ذوي المحارم وغيرهم ومرة فرق في ذوي المحارم بين الرجال والنساء فيتحصل عنه ان له في ذوي المحارم ثلاثة أقوال أشهرها أنه يغسل كل واحد منهما صاحبه على الثياب والثاني أنه لا يغسل أحدهما صاحبه لكن ييممه مثل قول الجمهور في غير ذوي المحارم والثالث الفرق بين الرجال والنساء أعني تغسل المرأة الرجل ولا يغسل الرجل المرأة فسبب المنع ان كل واحد منهما لا يحل له أن ينظر الى موضع الغسل من صاحبه كالاجانب سواء وسبب الاباحة أنه موضع ضرورة وهم أعذر في ذلك من الاجنبي وسبب الفرق ان نظر الرجال الى النساء أغلظ من نظر النساء الى الرجال بدليل ان النساء يحجبن عن نظر الرجال اليهن ولم يحجب الرجال عن النساء وأجمعوا من هذا الباب على جواز غسل المرأة زوجها واختلفوا في جواز غسله اياها فالجمهور على جواز ذلك وقال أبو حنيفة لا يجوز غسل الرجل زوجته وسبب اختلافهم هو تشبيه الموت بالطلاق فمن شبهه بالطلاق قال لا يحل أن ينظر اليها بعد الموت ومن لم يشبهه بالطلاق وهم الجمهور قال ان ما يحل له من النظر اليها قبل الموت يحل له بعد الموت وانما دعا أبا حنيفة أن يشبه الموت بالطلاق لانه رأى انه اذا ماتت احدى الاختين حل له نكاح الاخرى كالحال فيها اذا طلقت وهذا فيه

بعد فان علة منع الجمع مرتفعة بين الحي والميت ولذلك حلت الا أن يقال ان علة منع الجمع غير معقولة وأن منع الجمع بين الاختين عبادة محضة غير معقولة المعنى فيقوى حينئذ مذهب أبي حنيفة وكذلك أجمعوا على ان المطلقة المبتوتة لا تغسل زوجها واختلفوا في الرجعية فروى عن مالك انها تغسله وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال ابن القاسم لا تغسله وان كان الطلاق رجعيا وهو قياس قول مالك لانه ليس يجوز عنده أن يراها وبه قال الشافعي وسبب اختلافهم هل هو يحل للزوج أن ينظر الى الرجعية أولا ينظر اليها وأما حكم الغاسل فانهم اختلفوا فيما يجب عليه فقال قوم من غسل ميتا وجب عليه الغسل وقال قوم لا غسل عليه وسبب اختلافهم معارضة حديث أبي هريرة لحديث أسماء وذلك ان أبا هريرة روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال من غسل ميتا فليغتسل ومن حمله فليتوضأ خرجه أبو داود وأما حديث أسماء فانها لما غسلت أبا بكر رضي الله عنه خرجت فسألت من حضرها من المهاجرين والانصار وقالت اني صائمة وان هذا يوم شديد البرد فهل علي من غسل قالوا لا وحديث أسماء في هذا صحيح وأما حديث أبي هريرة فهو عند أكثر أهل العلم فيما حكى أبو عمر غير صحيح لكن حديث أسماء ليس فيه في الحقيقة معارضة له فان من أنكر الشيء يحتمل أن يكون ذلك لانه لم تبلغه السنة في ذلك الشيء وسؤال أسماء والله أعلم يدل على الخلاف في ذلك في الصدر الاول وهذا كله قال الشافعي رضي الله عنه على عادته في الاحتياط والالتفات الى الاثر لا غسل على من غسل الميت الا أن يثبت حديث أبي هريرة

(الفصل الرابع في صفة الغسل)

وفي هذا الفصل مسائل احداها هل ينزع عن الميت قميصه اذا غسل أم يغسل في قميصه اختلفوا في ذلك فقال مالك اذا غسل الميت تنزع ثيابه وتستر عورته وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي يغسل في قميصه وسبب اختلافهم تردد غسله عليه الصلاة والسلام في قميصه بين أن يكون خاصا به وبين أن يكون سنة فمن رأى أنه خاص به وأنه لا يحرم من النظر الى الميت الا ما يحرم منه وهو حي قال يغسل عريانا الا عورته فقط التي يحرم النظر اليها في حال الحياة ومن رأى ان ذلك سنة يستند الى باب الاجماع أو الى الامر الالهي لانه روى في الحديث انهم سمعوا صوتا يقول لهم لا تنزعوا القميص وقد ألقى

عليهم النوم قال الافضل ان يغسل الميت فى قميصه

﴿ المسئلة الثانية ﴾ قال أبو حنيفة لا يوضأ الميت وقال الشافعى يوضأ وقال مالك ان وضئ فحسن وسبب الخلاف فى ذلك معارضة القياس للاثر وذلك أن القياس يقتضى الاوضوء على الميت لان الوضوء طهارة مفروضة لموضع العبادة واذا أسقطت العبادة عن الميت سقط شرطها الذى هو الوضوء ولولا ان الغسل ورد فى الآثار لما وجب غسله وظاهر حديث أم عطية الثابت ان الوضوء شرط فى غسل الميت لان فيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى غسل ابنته ابدأن بميامنها ومواضع الوضوء منها وهذه الزيادة ثابتة خرجها البخارى ومسلم ولذلك ليس يجب أن تعارض بالروايات التى فيها الغسل مطلقا لان المقيد يقضى على المطلق اذ فيه زيادة على ما يراه كثير من الناس ويشبه أيضا أن يكون من أسباب الخلاف فى ذلك معارضة المطلق للمقيد وذلك انه وردت آثار كثيرة فيها الامر بالغسل مطلقا من غير ذكر وضوء فيها فهؤلاء رجحوا الاطلاق على التقييد لمعارضة القياس له فى هذا الموضع والشافعى جرى على الاصل من حمل المطلق على المقيد

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلفوا فى التوقيت فى الغسل فمنهم من أوجبه ومنهم من استحسنه واستحبه والذين أوجبوا التوقيت منهم من أوجب الوتر أى وتر كان وبه قال ابن سيرين ومنهم من أوجب الثلاثة فقط وهو أبو حنيفة ومنهم من حد أقل الوتر فى ذلك فقال لا ينقص عن الثلاثة ولم يحد الاكثر وهو الشافعى ومنهم من حد الاكثر فى ذلك فقال لا يتجاوز به السبعة وهو أحمد بن حنبل وممن قال باستحباب الوتر ولم يحد فيه حدا مالك بن أنس وأصحابه وسبب الخلاف بين من شرط التوقيت ومن لم يشترطه بل استحبه معارضة القياس للاثر وذلك ان ظاهر حديث أم عطية يقتضى التوقيت لان فيه اغسلنها ثلاثا أو خمسا أو أكثر من ذلك ان رأيتن وفى بعض رواياته أو سبعا وأما قياس الميت على الحى فى الطهارة فيقتضى ان لا توقيت فيها كما ليس فى طهارة الحى توقيت فمن رجح الاثر على النظر قال بالتوقيت ومن رأى الجمع بين الاثر والنظر حمل التوقيت على الاستحباب وأما الذين اختلفوا فى التوقيت فسبب اختلافهم اختلاف ألفاظ الروايات فى ذلك عن أم عطية فاما الشافعى فانه رأى أن لا ينقص

عن ثلاثة لانه أقل وتر نطق به فى حديث أم عطية ورأى أن مافوق ذلك مباح لقوله عليه الصلاة والسلام أو أكثر من ذلك ان رأيتن وأما أحمد فأخذ بأكثر وتر نطق به فى بعض روايات الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام أو سبعا وأما أبو حنيفة فصار فى قصره الوتر على الثلاث لما روى أن محمد بن سيرين كان يأخذ الغسل عن أم عطية ثلاثا يغسل بالسدر مرتين والثالثة بالماء والكافور وأيضا فان الوتر الشرعى عنده انما ينطلق على الثلاث فقط وكان مالك يستحب أن يغسل فى الاولى بالماء القراح وفى الثانية بالسدر والماء وفى الثالثة بالماء والكافور واختلفوا اذا خرج من بطنه حدث هل يعاد غسله أم لا فقيل لا يعاد وبه قال مالك وقيل يعاد والذين رأوا أنه يعاد اختلفوا فى العدد الذى تجب به الاعادة ان تكرر خروج الحدث فقيل يعاد الغسل عليه واحدة وبه قال الشافعى وقيل يعاد ثلاثا وقيل يعاد سبعا وأجمعوا على انه لا يزاد على السبع شئ واختلفوا فى تقليم أظفار الميت والاخذ من شعره فقال قوم تقلم أظفاره و يؤخذ منه وقال قوم لا تقلم أظفاره ولا يؤخذ من شعره وليس فيه أثر وأما سبب الخلاف فى ذلك الخلاف لواقع فى ذلك فى الصدر الاول ويشبه أن يكون سبب الخلاف فى ذلك قياس الميت على الحى فمن قاسه أوجب تقليم الاظفار وحلق العانة لانها من سنة الحى باتفاق وكذلك اختلفوا فى عصر بطنه قبل أن يغسل فمنهم من رأى ذلك ومنهم من لم يره فمن رآه رأى أن فيه ضربا من الاستنقاء من الحدث عند ابتداء الطهارة وهو مطلوب من الميت كما هو من الحى ومن لم ير ذلك رأى أنه من باب تكليف مالم يشرع وان الحى فى ذلك بخلاف الميت

(الباب الثالث فى الأكفان).

والاصل فى هذا الباب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كفن فى ثلاثة أثواب بيض سحولية ليس فيها قميص ولا عمامة وخرج أبو داود عن ليلى بنت قائف الثقفية قالت كنت فيمن غسل أم كلثوم بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان أول من أعطانى رسول الله صلى الله عليه وسلم الحقو ثم الدرع ثم الخمار ثم الملحفة ثم ادرجت بعد فى الثوب الآخر قالت ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس عند الباب معه أكفانها يناولناها ثوبا ثوبا فمن العلماء من اخذ بظاهر هذين الاثرين فقال يكفن

الرجل فى ثلاثة أثواب والمرأة فى خمسة أثواب وبه قال الشافعى وأحمد وجماعة وقال أبو حنيفة أقل ما تكفن فيه المرأة ثلاثة أثواب والسنة خمسة أثواب وأقل ما يكفن فيه الرجل ثوبان والسنة فيه ثلاثة أثواب ورأى مالك أنه لاحد فى ذلك وأنه يجزئ ثوب واحد فيهما الا أنه يستحب الوتر وسبب اختلافهم فى التوقيت اختلافهم فى مفهوم هذين الأثرين فمن فهم منهما الاباحة لم يقل بتوقيت الا أنه استحب الوتر لاتفاقهما فى الوتر ولم يفرق فى ذلك بين المرأة والرجل وكأنه فهم منهما الاباحة الا فى التوقيت فانه فهم منه شرعا لمناسبته للشرع ومن فهم من العدد أنه شرع لا اباحة قال بالتوقيت اما على جهة الوجوب واما على جهة الاستحباب وكله واسع ان شاء الله وليس فيه شرع محدود ولعله تكلف شرع فيما ليس فيه شرع وقد كفن مصعب بن عمير يوم أحد بنمرة فكانوا اذا غطوا بها رأسه خرجت رجلاه واذا غطوا بها رجليه خرج رأسه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم غطوا بها رأسه واجعلوا على رجليه من الاذخر واتفقوا على أن الميت يغطى رأسه ويطيب الا المحرم اذا مات فى احرامه فانهم اختلفوا فيه فقال مالك وأبو حنيفة المحرم بمنزلة غير المحرم وقال الشافعى لا يغطى رأس المحرم اذا مات ولا يمس طيبا وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص فأما الخصوص فهو حديث ابن عباس قال أتى النبى صلى الله عليه وسلم برجل وقصته راحلته فمات وهو محرم فقال كفنوه فى ثوبين واغسلوه بماء وسدر ولا تخمروا رأسه ولا تقربوه طيبا فانه يبعث يوم القيامة يلبى وأما العموم فهو ما ورد من الامر بالغسل مطلقا فمن خص من الأموات المحرم بهذا الحديث كتخصيص الشهداء بقتلى أحد جعل الحكم منه عليه الصلاة والسلام على الواحد حكما على الجميع وقال لا يغطى رأس المحرم ولا يمس طيبا ومن ذهب مذهب الجمع لا مذهب الاستثناء والتخصيص قال حديث الاعرابى خاص به لا يعدى الى غيره

(الباب الرابع فى صفة المشى مع الجنازة)

واختلفوا فى سنة المشى مع الجنازة فذهب أهل المدينة الى أن من سنتها المشى أمامها وقال الكوفيون أبو حنيفة وأصحابه وسائرهم ان المشى خلفها أفضل وسبب اختلافهم اختلاف الآثار التى روى كل واحد من الفريقين عن سلفه وعمل به فروى

مالك عن النبي عليه الصلاة والسلام مرسلا المشي أمام الجنازة وعن أبي بكر وعمر وبه قال الشافعي وأخذ أهل الكوفة بما رووا عن علي بن أبي طالب من طريق عبد الرحمن بن أبزى قال كنت أمشي مع علي في جنازة وهو آخذ بيدي وهو يمشي خلفها وأبو بكر وعمر يمشيان أمامها فقلت له في ذلك فقال ان فضل الماشي خلفها على الماشي أمامها كفضل صلاة المكتوبة على صلاة النافلة وانهما ليعلمان ذلك ولكنهما سهلان يسهلان على الناس وروى عنه رضي الله عنه أنه قال قدمها بين يديك واجعلها نصب عينيك فانما هي موعظة وتذكرة وعبرة وبما روى أيضا عن ابن مسعود أنه كان يقول سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن السير مع الجنازة فقال الجنازة متبوعة وليست بتابعة وليس معها من يقدمها وحديث المغيرة بن شعبة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الراكب يمشي أمام الجنازة والماشي خلفها وأمامها وعن يمينها ويسارها قريبا منها وحديث أبي هريرة أيضا في هذا المعنى قال امشوا خلف الجنازة وهذه الاحاديث صار اليها الكوفيون وهي أحاديث يصححونها ويضعفها غيرهم * وأكثر العلماء على أن القيام الى الجنازة منسوخ بما روى مالك من حديث علي بن أبي طالب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقوم في الجنائز ثم جلس وذهب قوم الى وجوب القيام وتمسكوا في ذلك بما روى من أمره صلى الله عليه وسلم بالقيام لها كحديث عامر بن ربيعة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا رأيتم الجنائز فقوموا اليها حتى تخلفكم أو توضع واختلف الذين رأوا ان القيام منسوخ في القيام على القبر في وقت الدفن فبعضهم رأى أنه لم يدخل تحت النهي وبعضهم رأى أنه داخل تحت النهي على ظاهر اللفظ ومن أخرجه من ذلك احتج بفعل علي في ذلك وذلك أنه روى النسخ وقام على قبر ابن المكفف فقيل له ألا تجلس يا أمير المؤمنين فقال قليل لاخينا قيامنا على قبره

(الباب الخامس في الصلاة على الجنازة)

وهذه الجملة يتعلق بها بعد معرفة وجوبها فصول أحدها في صفة صلاة الجنازة والثاني على من يصلي ومن أولى بالصلاة والثالث في وقت هذه الصلاة والرابع في موضع هذه الصلاة والخامس في شروط هذه الصلاة

(الفصل الاول)

فأما صفة الصلاة فانها يتعلق بها مسائل

﴿ المسئلة الأولى ﴾ اختلفوا في عدد التكبير في الصدر الأول اختلافا كثيرا من ثلاث الى سبع أعني الصحابة رضي الله عنهم ولكن فقهاء الأمصار على أن التكبير في الجنازة أربع الا ابن أبي ليلى وجابر بن زيد فانهما كانا يقولان انها خمس وسبب الاختلاف اختلاف الآثار في ذلك وذلك أنه روى من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نعى النجاشي في اليوم الذي مات فيه وخرج بهم الى المصلى فصف بهم وكبر أربع تكبيرات وهو حديث متفق على صحته ولذلك أخذ به جمهور فقهاء الامصار وجاء في هذا المعنى أيضا من أنه عليه الصلاة والسلام صلى على قبر مسكينة فكبر عليها أربعا وروى مسلم أيضا عن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال كان زيد بن أرقم يكبر على الجنائز أربعا وأنه كبر على جنازة خمسا فسألناه فقال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبرها وروى عن أبي خيثمة عن أبيه قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يكبر على الجنائز أربعا وخمسا وستا وسبعا وثمانيا حتى مات النجاشي فصف الناس وراءه وكبر أربعا ثم ثبت صلى الله عليه وسلم على أربع حتى توفاه الله وهذا فيه حجة لائحة للجمهور * وأجمع العلماء على رفع اليدين في أوّل التكبير على الجنازة واختلفوا في سائر التكبير فقال قوم يرفع وقال قوم لا يرفع وروى الترمذي عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كبر في جنازة فرفع يديه في أوّل التكبير ووضع يده اليمنى على اليسرى فمن ذهب الى ظاهر هذا الأثر وكان مذهبه في الصلاة أنه لا يرفع الا في أول التكبير قال الرفع في أول التكبير ومن قال يرفع في كل تكبير شبه التكبير الثاني بالأوّل لانه كله يفعل في حال القيام والاستواء

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف الناس في القراءة في صلاة الجنازة فقال مالك وأبو حنيفة ليس فيها قراءة انما هو الدعاء وقال مالك قراءة فاتحة الكتاب فيها ليس بمعمول به في بلدنا بحال قال وانما يحمد الله ويثنى عليه بعد التكبيرة الاولى ثم يكبر الثانية فيصلى على النبي صلى الله عليه وسلم ثم يكبر الثالثة فيشفع للميت ثم يكبر الرابعة ويسلم وقال الشافعي يقرأ بعد التكبيرة الاولى بفاتحة الكتاب ثم يفعل في سائر

التكبيرات مثل ذلك وبه قال أحمد وداود وسبب اختلافهم معارضة العمل للأثر وهل يتناول أيضا اسم الصلاة صلاة الجنائز أم لا أما العمل فهو الذى حكاه مالك عن بلده وأما الأثر فما رواه البخارى عن طلحة بن عبد الله بن عوف قال صليت خلف ابن عباس على جنازة فقرأ بفاتحة الكتاب فقال لتعلموا انها السنة فمن ذهب الى ترجيح هذا الأثر على العمل وكان اسم الصلاة يتناول عنده صلاة الجنازة وقد قال صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بفاتحة الكتاب رأى قراءة فاتحة الكتاب فيها ويمكن أن يحتج لمذهب مالك بظواهر الآثار التى نقل فيها دعاؤه عليه الصلاة والسلام على الجنائز ولم ينقل فيها أنه قرأ وعلى هذا فتكون تلك الآثار كأنها معارضة لحديث ابن عباس ومخصصة لقوله لا صلاة الا بفاتحة الكتاب وذكر الطحاوى عن ابن شهاب عن أبى امامة بن سهل بن حنيف قال وكان من كبراء الصحابة وعلمائهم وأبناء الذين شهدوا بدرا ان رجلا من أصحاب النبى عليه الصلاة والسلام أخبره ان السنة فى الصلاة على الجنائز أن يكبر الامام ثم يقرأ فاتحة الكتاب سرا فى نفسه ثم يخلص الدعاء فى التكبيرات الثلاث قال ابن شهاب فذكرت الذى أخبر به أبو امامة من ذلك لمحمد ابن سويد الفهرى فقال وأنا سمعت الضحاك بن قيس يحدث عن حبيب بن مسلمة فى الصلاة على الجنائز بمثل ما حدثك به أبو امامة

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ واختلفوا فى التسليم من الجنازة هل هو واحد أو اثنان فالجمهور على أنه واحد وقالت طائفة وأبو حنيفة يسلم تسليمتين واختاره المزنى من أصحاب الشافعى وهو أحد قولى الشافعى وسبب اختلافهم اختلافهم فى التسليم من الصلاة وقياس صلاة الجنائز على الصلاة المفروضة فمن كانت عنده التسليمة واحدة فى الصلاة المكتوبة وقاس صلاة الجنازة عليها قال بواحدة ومن كانت عنده تسليمتين فى الصلاة المفروضة قال هنا بتسليمتين ان كانت عنده تلك سنة فهذه سنة وان كانت فرضا فهذه فرض وكذلك اختلف المذهب هل يجهر فيها أو لا يجهر بالسلام

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ واختلفوا أين يقوم الامام من الجنازة فقال جلة من العلماء يقوم فى وسطها ذكرا كان أو أنثى وقال قوم آخرون يقوم من الانثى وسطها ومن الذكر عند رأسه ومنهم من قال يقوم من الذكر والانثى عند صدرهما وهو قول ابن القاسم

وقول أبى حنيفة وليس عند مالك والشافعى فى ذلك حد وقال قوم يقوم منهما أين شاء والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار فى هذا الباب وذلك أنه خرج البخارى ومسلم من حديث سمرة بن جندب قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم على أم كعب ماتت وهى نفساء فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم للصلاة على وسطها وخرج أبو داود من حديث همام بن غالب قال صليت مع أنس بن مالك على جنازة رجل فقام حيال رأسه ثم جاؤا بجنازة امرأة فقالوا يا أبا حمزة صل عليها فقام حيال وسط السرير فقال العلاء بن زياد هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى على الجنائز كبر أربعا وقام على جنازة المرأة مقامك منها ومن الرجل مقامك منه قال نعم فاختلف الناس فى المفهوم من هذه الافعال فنهم من رأى أن قيامه عليه الصلاة والسلام فى هذه المواضع المختلفة يدل على الاباحة وعلى عدم التحديد ومنهم من رأى أن قيامه على أحد هذه الاوضاع انه شرع وانه يدل على التحديد وهؤلاء انقسموا قسمين فنهم من أخذ بحديث سمرة بن جندب للاتفاق على صحته فقال المرأة فى ذلك والرجل سواء لأن الاصل أن حكمهما واحد الا أن يثبت فى ذلك فارق شرعى ومنهم من صحح حديث ابن غالب وقال فيه زيادة على حديث سمرة بن جندب فيجب المصير اليها وليس بينهما تعارض أصلا وأما مذهب ابن القاسم وأبى حنيفة فلا أعلم له من جهة السمع فى ذلك مستندا الا ماروى عن ابن مسعود من ذلك

﴿المسئلة الخامسة﴾ واختلفوا فى ترتيب جنائز الرجال والنساء اذا اجتمعوا عند الصلاة فقال الاكثر يجعل الرجال مما يلى الامام والنساء مما يلى القبلة وقال قوم بخلاف هذا أى النساء مما يلى الامام والرجال مما يلى القبلة وفيه قول ثالث أنه يصلى على كل على حدة الرجال مفردون والنساء مفردات وسبب الخلاف ما يغلب على الظن باعتبار أحوال الشرع من أنه يجب أن يكون فى ذلك شرع محدود مع أنه لم يرد فى ذلك شرع يجب الوقوف عنده ولذلك رأى كثير من الناس أنه ليس فى أمثال هذه المواضع شرع أصلا وأنه لو كان فيها شرع لبين للناس وانما ذهب الأكثر لما قلناه من تقديم الرجال على النساء لما رواه مالك فى الموطأ من أن عثمان بن عفان وعبد الله بن عمر وأبا هريرة كانوا يصلون على الجنائز بالمدينة الرجال والنساء معا

فيجعلون الرجال مما يلي الامام ويجعلون النساء مما يلي القبلة وذكر عبد الرزاق عن ابن جريج عن نافع عن ابن عمر أنه صلى كذلك على جنازة فيها ابن عباس وأبو هريرة وأبو سعيد الخدرى وأبو قتادة والامام يومئذ سعيد بن العاصى فسألهم عن ذلك أو أمر من سألهم فقالوا هي السنة وهذا يدخل فى المسند عندهم ويشبه أن يكون من قال بتقديم الرجال شبههم أمام الامام بحالهم خلف الامام فى الصلاة ولقوله عليه الصلاة والسلام أخروهن حيث أخرهن الله وأما من قال بتقديم النساء على الرجال فيشبه أن يكون اعتقد أن الأول هو المقدم ولم يجعل التقديم بالقرب من الامام وأما من فرق فاحتياطا من أن لا يجوز ممنوعا لأنه لم ترد سنة بجواز الجمع فيحتمل أن يكون على أصل الاباحة ويحتمل أن يكون ممنوعا بالشرع واذا وجد الاحتمال وجب التوقف اذا وجد اليه سبيلا

﴿المسئلة السادسة﴾ واختلفوا فى الذى يفوته بعض التكبير على الجنازة فى مواضع منها هل يدخل بتكبير أم لا ومنها هل يقضى ما فاته أم لا وان قضى فهل يدعو بين التكبير أم لا فروى أشهب عن مالك أنه يكبر أول دخوله وهو أحد قولى الشافعى وقال أبو حنيفة ينتظر حتى يكبر الامام وحينئذ يكبر وهى رواية ابن القاسم عن مالك والقياس التكبير قياسا على من دخل فى المفروضة واتفق مالك وأبو حنيفة والشافعى على أنه يقضى ما فاته من التكبير الا أن أبا حنيفة يرى أن يدعو بين التكبير المقضى ومالك والشافعى يريان أن يقضيه نسقا وانما اتفقوا على القضاء لعموم قوله عليه الصلاة والسلام ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فأتموا فمن رأى أن هذا العموم يتناول التكبير والدعاء قال يقضى التكبير وما فاته من الدعاء ومن أخرج الدعاء من ذلك اذ كان غير مؤقت قال يقضى التكبير فقط اذ كان هو المؤقت فكان تخصيص الدعاء من ذلك العموم هو من باب تخصيص العام بالقياس فأبو حنيفة أخذ بالعموم وهؤلاء بالخصوص

﴿المسئلة السابعة﴾ واختلفوا فى الصلاة على القبر لمن فاتته الصلاة على الجنازة فقال مالك لا يصلى على القبر وقال أبو حنيفة لا يصلى على القبر الا الولى فقط اذا فاتته الصلاة على الجنازة وكان الذى صلى عليها غير وليها وقال الشافعى وأحمد وداود

وجماعة يصلى على القبر من فاتته الصلاة على الجنازة واتفق القائلون باجازة الصلاة على القبر ان من شرط ذلك حدوث الدفن وهؤلاء اختلفوا فى هذه المدة وأكثرها شهر وسبب اختلافهم معارضة العمل للاثر أما مخالفة العمل فان ابن القاسم قال قلت لمالك فالحديث الذى جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه صلى على قبر امرأة قال قد جاء هذا الحديث وليس عليه العمل والصلاة على القبر ثابتة باتفاق من أصحاب الحديث قال أحمد بن حنبل رويت الصلاة على القبر عن النبى عليه الصلاة والسلام من طرق ستة كلها حسان وزاد بعض المحدثين ثلاثة طرق فذلك تسع وأما البخارى ومسلم فرويا ذلك من طريق أبى هريرة وأما مالك فخرجه مرسلا عن أبى أمامة بن سهل وقد روى ابن وهب عن مالك مثل قول الشافعى وأما أبو حنيفة فانه جرى فى ذلك على عادته فيما أحسب أعنى من رد أخبار الآحاد التى تعم بها البلوى اذا لم تنتشر ولا انتشر العمل بها وذلك أن عدم الانتشار اذا كان خبرا شأنه الانتشار قرينة توهن الخبر وتخرجه عن غلبة الظن بصدقه الى الشك فيه أو الى غلبة الظن بكذبه أو نسخه قال القاضى وقد تكلمنا فيما سلف من كتابنا هذا فى وجه الاستدلال بالعمل وفى هذا النوع من الاستدلال الذى يسميه الحنفية عموم البلوى وقلنا انهما من جنس واحد

(الفصل الثانى فيمن يصلى عليه ومن أولى بالتقديم)

وأجمع أكثر أهل العلم على اجازة الصلاة على كل من قال لا اله الا الله وفى ذلك أثر أنه قال عليه الصلاة والسلام صلوا على من قال لا اله الا الله وسواء كان من أهل الكبائر أو من أهل البدع الا أن مالكا كره لأهل الفضل الصلاة على أهل البدع ولم ير أن يصلى الامام على من قتله حدا واختلفوا فيمن قتل نفسه فرأى قوم انه لا يصلى عليه وأجاز آخرون الصلاة عليه ومن العلماء من لم يجز الصلاة على أهل الكبائر ولا على أهل البغى والبدع والسبب فى اختلافهم فى الصلاة أما فى أهل البدع فلاختلافهم فى تكفيرهم ببدعهم فمن كفرهم بالتأويل البعيد لم يجز الصلاة عليهم ومن لم يكفرهم اذ كان الكفر عنده انما هو تكذيب الرسول لا تأويل أقواله عليه الصلاة والسلام قال الصلاة عليهم جائزة وانما أجمع المسلمون على ترك الصلاة على المنافقين مع تلفظهم بالشهادة لقوله تعالى (ولا تصل على أحد منهم مات أبدا ولا تقم

على قبره) الآية وأما اختلافهم في أهل الكبائر فليس يمكن أن يكون له سبب الا من جهة اختلافهم في القول بالتكفير بالذنوب لكن ليس هذا مذهب أهل السنة فلذلك ليس ينبغي أن يمنع الفقهاء الصلاة على أهل الكبائر وأما كراهية مالك الصلاة على أهل البدع فذلك لمكان الزجر والعقوبة لهم وانما لم ير مالك صلاة الامام على من قتله حدا لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يصل على ماعز ولم ينه عن الصلاة عليه خرجه أبو داود وانما اختلفوا في الصلاة على من قتل نفسه لحديث جابر بن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أبى أن يصلى على رجل قتل نفسه فمن صحح هذا الأثر قال لا يصلى على قاتل نفسه ومن لم يصححه رأى أن حكمه حكم المسلمين وان كان من أهل النار كما ورد به الأثر لكن ليس هو من المخلدين لكونه من أهل الايمان وقد قال عليه الصلاة والسلام حكاية عن ربه أخرجوا من النار من في قلبه مثقال حبة من الايمان واختلفوا أيضا في الصلاة على الشهداء المقتولين في المعركة فقال مالك والشافعي لا يصلى على الشهيد المقتول في المعركة ولا يغسل وقال أبو حنيفة يصلى عليه ولا يغسل وسبب اختلافهم اختلاف الآثار الواردة في ذلك وذلك انه خرج أبو داود من طريق جابر أنه صلى الله عليه وسلم أمر بشهداء أحد فدفنوا بثيابهم ولم يصل عليهم ولم يغسلوا وروى من طريق ابن عباس مسندا أنه عليه الصلاة والسلام صلى على قتلى أحد وعلى حمزة ولم يغسل ولم يمم وروى أيضا ذلك مرسلا من حديث أبي مالك الغفارى وكذلك روى أيضا أن أعرابيا جاءه سهم فوقع في حلقه فمات فصلى النبي صلى الله عليه وسلم عليه وقال ان هذا عبدك خرج مجاهدا في سبيلك فقتل شهيدا وأنا شهيد عليه وكلا الفريقين يرجح الاحاديث التي أخذ بها وكانت الشافعية تعتل بحديث ابن عباس هذا وتقول يرويه ابن أبي الزناد وكان قد اختل آخر عمره وقد كان في شعبة يطعن فيه وأما المراسيل فليست عندهم بحجة واختلفوا متى يصلى على الطفل فقال مالك لا يصلى على الطفل حتى يستهل صارخا وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصلى عليه اذا نفخ فيه الروح وذلك انه اذا كان له في بطن أمه أربعة أشهر فأكثر وبه قال ابن أبي ليلى وسبب اختلافهم في ذلك معارضة المطلق للمقيد

وذلك أنه روى الترمذى عن جابر بن عبد الله عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال الطفل لا يصلى عليه ولا يرث ولا يورث حتى يستهل صارخا وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام من حديث المغيرة بن شعبة أنه قال الطفل يصلى عليه فمن ذهب مذهب حديث جابر قال ذلك عام وهذا مفسر فالواجب أن يحمل ذلك العموم على هذا التفسير فيكون معنى حديث المغيرة ان الطفل يصلى عليه اذا استهل صارخا ومن ذهب مذهب حديث المغيرة قال معلوم ان المعتبر فى الصلاة هو حكم الاسلام والحياة والطفل اذا تحرك فهو حى وحكمه حكم المسلمين وكل مسلم حى اذا مات صلى عليه فرجحوا هذا العموم على ذلك الخصوص لموضع موافقة القياس له ومن الناس من شذ وقال لا يصلى على الاطفال أصلا وروى أبو داود أن النبى عليه الصلاة والسلام لم يصل على ابنه ابراهيم وهو ابن ثمانية أشهر وروى فيه انه صلى عليه وهو ابن سبعين ليلة واختلفوا فى الصلاة على الاطفال المسبيين فذهب مالك فى رواية البصريين عنه ان الطفل من أولاد الحربيين لا يصلى عليه حتى يعقل الاسلام سواء سبى مع أبويه أو لم يسب معهما وان حكمه حكم أبويه الا أن يسلم الأب فهو تابع له دون الأم ووافقه الشافعى على هذا الا أنه ان أسلم أحد أبويه فهو عنده تابع لمن أسلم منهما الا للاب وحده على ماذهب اليه مالك وقال أبو حنيفة يصلى على الاطفال المسبيين وحكمهم حكم من سباهم وقال الاوزاعى اذا ملكهم المسلمون صلى عليهم يعنى اذا بيعوا فى السبى قال وبهذا جرى العمل فى الثغور به الفتيا فيه وأجمعوا على انه اذا كانوا مع آبائهم ولم يملكهم مسلم ولا أسلم أحد أبويهم ان حكمهم حكم آبائهم والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى أطفال المشركين هل هم من أهل الجنة أو من أهل النار وذلك انه جاء فى بعض الآثار انهم من آبائهم أى ان حكمهم حكم آبائهم ودليل قوله عليه الصلاة والسلام كل مولود يولد على الفطرة ان حكمهم حكم المؤمنين * وأما من أولى بالتقديم للصلاة على الجنازة فقيل الولى وقيل الوالى فمن قال الوالى شبهه بصلاة الجمعة من حيث هى صلاة جماعة ومن قال الولى شبهها بسائر الحقوق التى الولى بها أحق مثل مواراته ودفنه وأكثر أهل العلم على أن الوالى بها أحق قال أبو بكر بن المنذر وقدم الحسين بن على سعيد بن العاصى وهو والى المدينة ليصلى على الحسن بن على وقال لولا انها سنة ما تقدمت

قال أبو بكر وبه أقول وأكثر العلماء على انه يصلى الا على الحاضر وقال بعضهم يصلى على الغائب لحديث النجاشي والجمهور على ان ذلك خاص بالنجاشي وحده واختلفوا هل يصلى على بعض الجسد والجمهور على انه يصلى على أكثره لتناول اسم الميت له ومن قال انه يصلى على أقله قال لأن حرمة البعض كحرمة الكل لا سيما ان كان ذلك البعض محل الحياة وكان ممن يجيز الصلاة على الغائب

(الفصل الثالث فى وقت الصلاة على الجنازة)

واختلفوا فى الوقت الذى تجوز فيه الصلاة على الجنازة فقال قوم لا يصلى عليها فى الاوقات الثلاثة التى ورد النهى عن الصلاة فيها وهى وقت الغروب والطلوع وزوال الشمس على ظاهر حديث عقبة بن عامر ثلاث ساعات كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهانا أن نصلى فيها وأن نقبر موتانا الحديث وقال قوم لا يصلى فى الغروب والطلوع فقط و يصلى بعد العصر مالم تصفر الشمس و بعد الصبح مالم يكن الاسفار وقال قوم لا يصلى على الجنازة فى الاوقات الخمسة التى ورد النهى عن الصلاة فيها و به قال عطاء والنخعى وغيرهم وهو قياس قول أبى حنيفة وقال الشافعى يصلى على الجنازة فى كل وقت لأن النهى عنده انما هو خارج على النوافل لا على السنن على ما تقدم

(الفصل الرابع فى مواضع الصلاة)

واختلفوا فى الصلاة على الجنازة فى المسجد فأجازها أكثر العلماء وكرهه بعضهم منهم أبو حنيفة و بعض أصحاب مالك وقد روى كراهية ذلك عن مالك وتحقيقه اذا كانت الجنازة خارج المسجد والناس فى المسجد وسبب الخلاف فى ذلك حديث عائشة وحديث أبى هريرة أما حديث عائشة فرواه مالك من أنها أمرت أن يمر عليها بسعد بن أبى وقاص فى المسجد حين مات لتدعو له فأنكر الناس عليها ذلك فقالت عائشة ما أسرع ما نسى الناس ما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على سهل بن بيضاء الا فى المسجد وأما حديث أبى هريرة فهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من صلى على جنازة فى المسجد فلا شئ له وحديث عائشة ثابت وحديث أبى هريرة غير ثابت أو غير متفق على ثبوته لكن انكار الصحابة على عائشة يدل على اشتهار العمل

بخلاف ذلك عندهم ويشهد لذلك بروزه صلى الله عليه وسلم للمصلى لصلاته على النجاشي وقد زعم بعضهم أن سبب المنع فى ذلك هو أن ميت بنى آدم ميتة وفيه ضعف لان حكم الميتة شرعى ولا يثبت لابن آدم حكم الميتة الا بدليل وكره بعضهم الصلاة على الجنائز فى المقابر للنهى الوارد عن الصلاة فيها وأجازها الاكثر لعموم قوله عليه الصلاة والسلام جعلت لى الارض مسجدا وطهورا

(الفصل الخامس فى شروط الصلاة على الجنازة)

واتفق الاكثر على أن من شرطها الطهارة كما اتفق جميعهم على ان من شرطها القبلة واختلفوا فى جواز التيمم لها اذا خيف فواتها . فقال قوم يتيمم ويصلى لها اذا خاف الفوات وبه قال أبو حنيفة وسفيان والأوزاعى وجماعة وقال مالك والشافعى وأحمد لا يصلى عليها بتيمم وسبب اختلافهم قياسها فى ذلك على الصلاة المفروضة فمن شبهها بها أجاز التيمم أعنى من شبه ذهاب الوقت بفوات الصلاة على الجنازة ومن لم يشبهها بها لم يجز التيمم لانها عنده من فروض الكفاية أو من سنن الكفاية على اختلافهم فى ذلك وشذ قوم فقالوا يجوز أن يصلى على الجنازة بغير طهارة وهو قول الشعبى وهؤلاء ظنوا أن اسم الصلاة لا يتناول صلاة الجنازة وانما يتناولها اسم الدعاء اذ كان ليس فيها ركوع ولا سجود

(الباب السادس فى الدفن)

وأجمعوا على وجوب الدفن والاصل فيه قوله تعالى (ألم نجعل الأرض كفاتا أحياء وأمواتا) وقوله (فبعث الله غرابا يبحث فى الارض) وكره مالك والشافعى تجصيص القبور وأجاز ذلك أبو حنيفة وكذلك كره قوم القعود عليها وقوم أجازوا ذلك وتأولوا النهى عن ذلك انه القعود عليها لحاجة الانسان والآثار الواردة فى النهى عن ذلك منها حديث جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تجصيص القبور والكتابة عليها والجلوس عليها والبناء عليها ومنها حديث عمرو بن حزم قال رآنى رسول الله صلى الله عليه وسلم على قبر فقال انزل عن القبر لا تؤذى صاحب القبر ولا يؤذيك واحتج من أجاز القعود على القبر بما روى عن زيد بن

ثابت أنه قال انما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجلوس على القبور لحدث غائط أو بول قالوا ويؤيد ذلك ماروى عن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من جلس على قبر يبول اليه أو يتغوط فكأنما جلس على جمرة نار والى هذا ذهب مالك وأبو حنيفة والشافعى

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليما ﴾ ٧

﴿ كتاب الزكاة ﴾

والكلام المحيط بهذه العبادة بعد معرفة وجوبها ينحصر فى خمس جمل الجملة الاولى فى معرفة من تجب عليه الثانية فى معرفة ماتجب فيه من الاموال الثالثة فى معرفة كم تجب ومن كم تجب الرابعة فى معرفة متى تجب ومتى لاتجب الخامسة معرفة لمن تجب وكم يجب له فأما معرفة وجوبها فمعلوم من الكتاب والسنة والاجماع ولا خلاف فى ذلك (الجملة الاولى) وأما على من تجب فانهم اتفقوا انها على كل مسلم حر بالغ عاقل مالك للنصاب ملكا تاما واختلفوا فى وجوبها على اليتيم والمجنون والعبيد وأهل الذمة والناقص الملك مثل الذى عليه الدين أوله الدين ومثال المال المحبس الاصل فأما الصغار فان قوما قالوا تجب الزكاة فى أموالهم وبه قال على وابن عمر وجابر وعائشة من الصحابة ومالك والشافعى والثورى وأحمد واسحق وأبو ثور وغيرهم من فقهاء الامصار وقال قوم ليس فى مال اليتيم صدقة أصلا وبه قال النخعى والحسن وسعيد بن جبير من التابعين وفرق قوم بين ماتخرج الارض وبين مالاتخرجه فقالوا عليه الزكاة فيما تخرجه الارض وليس عليه زكاة فيما عدا ذلك من الماشية والناض والعروض وغير ذلك وهو أبو حنيفة وأصحابه وفرق آخرون بين الناض وغيره فقالوا عليه الزكاة الا فى الناض وسبب اختلافهم فى ايجاب الزكاة عليه أولا ايجابها هو اختلافهم فى مفهوم الزكاة الشرعية هل هى عبادة كالصلاة والصيام أم هى

---

٧ (تنبيه) حيث اننا التزمنا فى التصحيح النسخة المغربية وهى التى قدمت كتاب الزكاة على الصيام فقدمناه تبعا لها وان كانت النسخة المصرية قدمت الصيام

حق واجب للفقراء على الاغنياء فمن قال انها عبادة اشترط فيها البلوغ ومن قال انها حق واجب للفقراء والمساكين فى أموال الاغنياء لم يعتبر فى ذلك بلوغا من غيره وأما من فرق بين ماتخرجه الارض أولا تخرجه و بين الخفى والظاهر فلا أعلم له مستندا فى هذا الوقت وأما أهل الذمة فان الاكثر على أن لازكاة على جميعهم الا ماروت طائفة من تضعيف الزكاة على نصارى بنى تغلب أعنى أن يؤخذ منهم مثلا ما يؤخذ من المسلمين فى كل شئ وممن قال بهذا القول الشافعى وأبو حنيفة وأحمد والثورى وليس عن مالك فى ذلك قول وانما صار هؤلاء لهذا لأنه ثبت أنه فعل عمر بن الخطاب بهم وكأنهم رأوا أن مثل هذا هو توقيف ولكن الاصول تعارضه وأما العبيد فان الناس فيهم على ثلاثة مذاهب فقوم قالوا لازكاة فى أموالهم أصلا وهو قول ابن عمر وجابر من الصحابة ومالك وأحمد وأبى عبيد من الفقهاء وقال آخرون بل زكاة مال العبد على سيده و به قال الشافعى فيما حكاه ابن المنذر والثورى وأبو حنيفة وأصحابه وأوجبت طائفة أخرى على العبد فى ماله الزكاة وهو مروى عن ابن عمر من الصحابة و به قال عطاء من التابعين وأبو ثور من الفقهاء وأهل الظاهر و بعضهم وجمهور من قال لازكاة فى مال العبد هم على أن لازكاة فى مال المكاتب حتى يعتق وقال أبو ثور فى مال المكاتب الزكاة وسبب اختلافهم فى زكاة مال العبد اختلافهم فى هل يملك العبد ملكا تاما أو غير تام فمن رأى أنه لا يملك ملكا تاما وأن السيد هو المالك اذ كان لا يخلو مال من مالك قال الزكاة على السيد ومن رأى أنه لواحد منهما يملكه ملكا تاما لا السيد اذ كانت يد العبد هى التى عليه لا يد السيد ولا العبد أيضا لأن للسيد انتزاعه منه قال لازكاة فى ماله أصلا ومن رأى أن اليد على المال توجب الزكاة فيه لمكان تصرفها فيه تشبيها بتصرف يد الحر قال الزكاة عليه لاسيما من كان عنده أن الخطاب العام يتناول الأحرار والعبيد وأن الزكاة عبادة تتعلق بالمكلف لتصرف اليد فى المال وأما المالكون الذين عليهم الديون التى تستغرق أموالهم أو تستغرق ماتجب فيه الزكاة من أموالهم و بأيديهم أموال تجب فيها الزكاة فانهم اختلفوا فى ذلك فقال قوم لازكاة فى مال حبا كان أو غيره حتى تخرج منه الديون فان بقى ماتجب فيه الزكاة زكى والا فلا و به قال الثورى

وأبو ثور وابن المبارك وجماعة وقال أبو حنيفة وأصحابه الدين لا يمنع زكاة الحبوب ويمنع ماسواها وقال مالك الدين يمنع زكاة الناض فقط الا أن يكون له عروض فيها وفاء من دينه فانه لا يمنع وقال قوم بمقابل القول الأول وهو أن الدين لا يمنع زكاة أصلا والسبب فى اختلافهم اختلافهم هل الزكاة عبادة أو حق مرتب فى المال للمساكين فمن رأى أنها حق لهم قال لا زكاة فى مال من عليه الدين لأن حق صاحب الدين متقدم بالزمان على حق المساكين وهو فى الحقيقة مال صاحب الدين لا الذى المال بيده ومن قال هى عبادة قال تجب على من بيده مال لأن ذلك هو شرط التكليف وعلامته المقتضية الوجوب على المكلف سواء كان عليه دين أو لم يكن وأيضا فانه قد تعارض هنالك حقان حق لله وحق للآدمى وحق الله أحق أن يقضى والأشبه بغرض الشرع اسقاط الزكاة عن المديان لقوله عليه الصلاة والسلام فيها صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم والمدين ليس بغنى وأما من فرق بين الحبوب وغير الحبوب وبين الناض وغير الناض فلا أعلم له شبهة بينة وقد كان أبو عبيد يقول انه ان كان لا يعلم ان عليه دينا الا بقوله لم يصدق وان علم ان عليه دينا لم يؤخذ منه وهذا ليس خلافا لمن يقول باسقاط الدين الزكاة وانما هو خلاف لمن يقول يصدق فى الدين كما يصدق فى المال وأما المال الذى هو فى الذمة أعنى فى ذمة الغير وليس هو بيد المالك وهو الدين فانهم اختلفوا فيه أيضا فقوم قالوا لا زكاة فيه وان قبض حتى يستكمل شرط الزكاة عند القابض له وهو الحول وهو أحد قولى الشافعى وبه قال الليث أو هو قياس قوله وقوم قالوا اذا قبضه زكاه لما مضى من السنين وقال مالك يزكيه لحول واحد وان أقام عند المديان سنين اذا كان أصله عن عوض وأما اذا كان عن غير عوض مثل الميراث فانه يستقبل به الحول وفى المذهب تفصيل فى ذلك ومن هذا الباب اختلافهم فى زكاة الثمار المحبسة الأصول وفى زكاة الارض المستأجرة على من تجب زكاة ما يخرج منها هل على صاحب الارض أو صاحب الزرع ومن ذلك اختلافهم فى أرض الخراج اذا انتقلت من أهل الخراج الى المسلمين وهم أهل العشر وفى الارض العشر وهى أرض المسلمين اذا انتقلت الى الخراج أعنى أهل الذمة وذلك انه يشبه أن يكون سبب الخلاف فى هذا كله أنها أملاك ناقصة

﴿أما المسئلة الاولى﴾ وهى زكاة الثمار المحبسة الاصول فان مالكا والشافعى كانا يوجبان فيها الزكاة وكان مكحول وطاوس يقولان لا زكاة فيها وفرق قوم بين أن تكون محبسة على المساكين وبين أن تكون على قوم باعيانهم فأوجبوا فيها الصدقة اذا كانت على قوم باعيانهم ولم يوجبوا فيها الصدقة اذا كانت على المساكين ولا معنى لمن أوجبها على المساكين لأنه يجتمع فى ذلك شيآن اثنان أحدهما انها ملك ناقص والثانية انها على قوم غير معينين من الصنف الذين تصرف اليهم الصدقة لا من الذين تجب عليهم

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ وهى الارض المستأجرة على من تجب زكاة ماتخرجه فان قوما قالوا الزكاة على صاحب الزرع وبه قال مالك والشافعى والثورى وابن المبارك وأبو ثور وجماعة وقال أبو حنيفة وأصحابه الزكاة على رب الأرض وليس على المستأجر منه شئ والسبب فى اختلافهم هل العشر حق الارض أو حق الزرع أو حق مجموعهما الا أنه لم يقل أحد انه حق لمجموعهما وهو فى الحقيقة حق مجموعهما فلما كان عندهم انه حق لأحد الأمرين اختلفوا فى أيهما هو أولى أن ينسب الى الموضع الذى فيه الاتفاق وهو كون الزرع والارض لمالك واحد فذهب الجمهور الى انه للشئ الذى تجب فيه الزكاة وهو الحب وذهب أبو حنيفة الى أنه للشئ الذى هو أصل الوجوب وهو الارض وأما اختلافهم فى أرض الخراج اذا انتقلت الى المسلمين هل فيها عشر مع الخراج أم ليس فيها عشر فان الجمهور على ان فيها العشر أعنى الزكاة وقال أبو حنيفة وأصحابه ليس فيها عشر وسبب اختلافهم كما قلنا هل الزكاة حق الارض أو حق الحب فان قلنا انه حق الارض لم يجتمع فيها حقان وهما العشر والخراج وان قلنا الزكاة حق الحب كان الخراج حق الارض والزكاة حق الحب وانما يجىء هذا الخلاف فيها لانها ملك ناقص كما قلنا ولذلك اختلف العلماء فى جواز بيع أرض الخراج وأما اذا انتقلت أرض العشر الى الذمى يزرعها فان الجمهور على انه ليس فيها شئ وقال النعمان اذا اشترى الذمى أرض عشر تحولت أرض خراج فكأنه رأى ان العشر هو حق أرض المسلمين والخراج هو حق أرض الذميين لكن كان يجب على هذا الاصل اذا انتقلت أرض الخراج الى المسلمين أن تعود أرض عشر كما ان عنده اذا انتقلت أرض

العشر الى الذمى عادت أرض خراج ويتعلق بالمالك مسائل أليق المواضع بذكرها هو هذا الباب أحدها اذا أخرج المرء الزكاة فضاعت والثانية اذا أمكن اخراجها فهلك بعض المال قبل الاخراج والثالثة اذا مات وعليه زكاة والرابعة اذا باع الزرع أو الثمر وقد وجبت فيه الزكاة على من الزكاة وكذلك اذا وهبه

﴿ فأما المسئلة الاولى ﴾ وهى اذا أخرج الزكاة فضاعت فان قوما قالوا تجزى عنه وقوم قالوا هو لها ضامن حتى يضعها موضعها وقوم فرقوا بين أن يخرجها بعد أن أمكنه اخراجها و بين أن يخرجها أوّل زمان الوجوب والامكان فقال بعضهم ان أخرجها بعد أيام من الامكان والوجوب ضمن وان أخرجها فى أول الوجوب ولم يقع منه تفريط لم يضمن وهو مشهور مذهب مالك وقوم قالوا ان فرط ضمن وان لم يفرط زكى ما بقى وبه قال أبو ثور والشافعى وقال قوم بل يعد الذاهب من الجميع ويبقى المساكين ورب المال شريكين فى الباقى بقدر حظهما من حظ رب المال مثل الشريكين يذهب بعض المال المشترك بينهما ويبقيان شريكين على تلك النسبة فى الباقى فيتحصل فى المسئلة خمسة أقوال قول انه لا يضمن باطلاق وقول انه يضمن باطلاق وقول ان فرط ضمن وان لم يفرط لم يضمن وقول ان فرط ضمن وان لم يفرط زكى ما بقى والقول الخامس يكونان شريكين فى الباقى

﴿وأما المسئلة الثانية ﴾ اذا ذهب بعض المال بعد الوجوب وقبل تمكن اخراج الزكاة فقوم قالوا يزكى ما بقى وقوم قالوا حال المساكين وحال رب المال حال الشريكين يضيع بعض مالهما والسبب فى اختلافهم تشبيه الزكاة بالديون أعنى أن يتعلق الحق فيها بالذمة لا بعين المال أو تشبيهها بالحقوق التى تتعلق بعين المال لا بذمة الذى يده على المال كالامناء وغيرهم فمن شبه مالكى الزكاة بالأمناء قال اذا أخرج فهلك المخرج فلا شئ عليه ومن شبههم بالغرماء قال يضمنون ومن فرق بين التفريط ولا تفريط ألحقهم بالأمناء من جميع الوجوه اذ كان الأمين يضمن اذا فرط وأما من قال اذا لم يفرط زكى ما بقى فانه شبه من هلك بعض ماله بعد الاخراج بمن ذهب بعض ماله قبل وجوب الزكاة فيه كما انه اذا وجبت الزكاة عليه فانما يزكى الموجود فقط كذلك هذا انما يزكى الموجود من ماله فقط وسبب الاختلاف هو تردد شبه المالك بين الغريم والامين والشريك

ومن هلك بعض ماله قبل الوجوب وأما اذا وجبت الزكاة وتمكن من الاخراج فلم يخرج حتى ذهب بعض المال فانهم متفقون فيما أحسب انه ضامن الا فى الماشية عند من رأى أن وجوبها انما يتم بشرط خروج الساعى مع الحول وهو مذهب مالك ﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ وهى اذا مات بعد وجوب الزكاة عليه فان قوما قالوا يخرج من رأس ماله وبه قال الشافعى وأحمد واسحق وأبو ثور وقوم قالوا ان أوصى بها أخرجت عنه من الثلث والا فلا شئ عليه ومن هؤلاء من قال يبدأ بها ان ضاق الثلث ومنهم من قال لا يبدأ بها وعن مالك القولان جميعا ولكن المشهور انها بمنزلة الوصية وأما اختلافهم فى المال يباع بعد وجوب الصدقة فيه فان قوما قالوا يأخذ المصدق الزكاة من المال نفسه ويرجع المشترى بقيمته على البائع وبه قال أبو ثور وقال قوم البيع مفسوخ وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة المشترى بالخيار بين انفاذ البيع ورده والعشر مأخوذ من الثمرة أو من الحب الذى وجبت فيه الزكاة وقال مالك الزكاة على البائع وسبب اختلافهم تشبيه بيع مال الزكاة بتفويته واتلاف عينه فمن شبهه بذلك قال الزكاة مترتبة فى ذمة المتلف والمفوت ومن قال البيع ليس باتلاف لعين المال ولا تفويت له وانما هو بمنزلة من باع ما ليس له قال الزكاة فى عين المال ثم هل البيع مفسوخ أو غير مفسوخ نظر آخر يذكر فى باب البيوع ان شاء الله تعالى ومن هذا النوع اختلافهم فى زكاة المال الموهوب وفى بعض هذه المسائل التى ذكرنا تفصيل فى المذهب لم نر أن نتعرض له اذ كان ذلك غير موافق لغرضنا مع انه يعسر فيها اعطاء أسباب تلك الفروق لأنها أكثرها استحسانية مثل تفصيلهم الديون التى تزكى من التى لا تزكى والديون المسقطة للزكاة من التى لا تسقطها فهذا ما رأينا أن نذكره فى هذه الجملة وهى معرفة من تجب عليه الزكاة وشروط الملك التى تجب به وأحكام من تجب عليه وقد بقى من أحكامه حكم مشهور وهو ماذا حكم من منع الزكاة ولم يجحد وجوبها فذهب أبو بكر رضى الله عنه الى أن حكمه حكم المرتد وبذلك حكم فى مانع الزكاة من العرب وذلك انه قاتلهم وسبى ذريتهم وخالفه فى ذلك عمر رضى الله عنه وأطلق من كان استرق منهم وبقول عمر قال الجمهور وذهبت طائفة الى تكفير من منع فريضة من الفرائض وان لم يجحد

وجوبها وسبب اختلافهم هل اسم الايمان الذى هو ضد الكفر ينطلق على الاعتقاد دون العمل فقط أومن شرطه وجود العمل معه فمنهم من رأى ان من شرطه وجود العمل معه ومنهم من لم يشترط ذلك حتى لولم يلفظ بالشهادة اذا صدق بها فحكمه حكم المؤمن عند الله والجمهور وهم أهل السنة على انه ليس يشترط فيه أعنى فى اعتقاد الايمان الذى ضده الكفر من الأعمال الا التلفظ بالشهادة فقط لقوله صلى الله عليه وسلم أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله و يؤمنوا بى فاشترط مع العلم القول وهو عمل من الأعمال فمن شبه سائر الأفعال الواجبة بالقول قال جميع الاعمال المفروضة شرط فى العلم الذى هو الايمان ومن شبه القول بسائر الاعمال التى اتفق الجمهور على انها ليست شرطا فى العلم الذى هو الايمان قال التصديق فقط هو شرط الايمان وبه يكون حكمه عند الله تعالى حكم المؤمن والقولان شاذان واستثناء التلفظ بالشهادتين من سائر الاعمال هو الذى عليه الجمهور ﴿ الجملة الثانية ﴾ وأما ما تجب فيه الزكاة من الأموال فانهم اتفقوا منها على أشياء واختلفوا فى أشياء أما ما اتفقوا عليه فصنفان من المعدن الذهب والفضة اللتين ليستا بحلى وثلاثة أصناف من الحيوان الابل والبقر والغنم وصنفان من الحبوب الحنطة والشعير وصنفان من الثمر التمر والزبيب وفى الزيت خلاف شاذ واختلفوا أما من الذهب ففى الحلى فقط وذلك انه ذهب فقهاء الحجاز مالك والليث والشافعى الى أنه لا زكاة فيه اذا أريد للزينة واللباس وقال أبو حنيفة وأصحابه فيه الزكاة والسبب فى اختلافهم تردد شبهه بين العروض و بين التبر والفضة اللتين المقصود منهما المعاملة فى جميع الأشياء فمن شبهه بالعروض التى المقصود منها المنافع أولا قال ليس فيه زكاة ومن شبهه بالتبر والفضة التى المقصود منها المعاملة بها أولا قال فيه الزكاة ولاختلافهم أيضا سبب آخر وهو اختلاف الآثار فى ذلك وذلك فى انه روى جابر عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال ليس فى الحلى زكاة وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعها ابنة لها وفى يد ابنتها مسك من ذهب فقال لها أتؤدين زكاة هذا قالت لا قال أيسرك أن يسورك الله بهما يوم القيامة سوارين من نار فخلعتهما وألقتهما الى النبى صلى الله عليه وسلم وقالت هما لله ولرسوله

والأثران ضعيفان وبخاصة حديث جابر ولكون السبب الأملك لاختلافهم تردد الحلي المتخذ للباس بين التبر والفضة اللذين المقصود منهما أولا المعاملة لا الانتفاع وبين العروض التي المقصود منها بالوضع الأول خلاف المقصود من التبر والفضة أعني الانتفاع بها لا المعاملة وأعني بالمعاملة كونها ثمنا واختلف قول مالك في الحلي المتخذ للكراء فمرة شبهه بالحلي المتخذ للباس ومرة شبهه بالتبر المتخذ للمعاملة وأما ما اختلفوا فيه من الحيوان فمنه ما اختلفوا في نوعه ومنه ما اختلفوا في صنفه أما ما اختلفوا في نوعه فالخيل وذلك ان الجمهور على أن لا زكاة في الخيل فذهب أبو حنيفة الى أنها اذا كانت سائمة وقصد بها النسل ان فيها الزكاة أعني اذا كانت ذكرانا وإناثا والسبب في اختلافهم معارضة القياس للفظ وما يظن من معارضة اللفظ للفظ فيها أما اللفظ الذي يقتضي ألا زكاة فيها فقوله عليه الصلاة والسلام ليس على المسلم في عبده ولا فرسه صدقة وأما القياس الذي عارض هذا العموم فهو أن الخيل السائمة حيوان مقصود به النماء والنسل فأشبه الابل والبقر وأما اللفظ الذي يظن انه معارض لذلك العموم فهو قوله عليه الصلاة والسلام وقد ذكر الخيل ولم ينس حق الله في رقابها ولا ظهورها فذهب أبو حنيفة الى أن حق الله هو الزكاة وذلك في السائمة منها قال القاضي وأن يكون هذا اللفظ مجملا أحرى منه أن يكون عاما فيحتج به في الزكاة وخالف أبا حنيفة في هذه المسئلة صاحباه أبو يوسف ومحمد وصح عن عمر رضي الله عنه انه كان يأخذ منها الصدقة فقيل انه كان باختيار منهم وأما ما اختلفوا في صنفه فهي السائمة من الابل والبقر والغنم من غير السائمة منها فان قوما أوجبوا الزكاة في هذه الأصناف الثلاثة سائمة كانت أو غير سائمة وبه قال الليث ومالك وقال سائر فقهاء الأمصار لا زكاة في غير السائمة من هذه الثلاثة الأنواع وسبب اختلافهم معارضة المطلق للمقيد ومعارضة القياس لعموم اللفظ أما المطلق فقوله عليه الصلاة والسلام في أربعين شاة شاة وأما المقيد فقوله عليه الصلاة والسلام في سائمة الغنم الزكاة فمن غلب المطلق على المقيد قال الزكاة في السائمة وغير السائمة ومن غلب المقيد قال الزكاة في السائمة منها فقط ويشبه أن يقال ان من سبب الخلاف في ذلك أيضا معارضة دليل الخطاب للعموم وذلك ان دليل الخطاب في قوله عليه

الصلاة والسلام فى سائمة الغنم الزكاة يقتضى أن لا زكاة فى غير السائمة وعموم قوله عليه الصلاة والسلام فى أربعين شاة شاة يقتضى ان السائمة فى هذا بمنزلة غير السائمة لكن العموم أقوى من دليل الخطاب كما ان تغليب المقيد على المطلق أشهر من تغليب المطلق على المقيد وذهب أبو محمد بن حزم الى أن المطلق يقضى على المقيد وان فى الغنم سائمة وغير سائمة الزكاة وكذلك فى الابل لقوله عليه الصلاة والسلام ليس فيما دون خمس ذود من الابل صدقة وان البقر لما لم يثبت فيها أثر وجب أن يتمسك فيها بالاجماع وهو أن الزكاة فى السائمة منها فقط فتكون التفرقة بين البقر وغيرها قول ثالث وأما القياس المعارض لعموم قوله عليه الصلاة والسلام فيها فى أربعين شاة شاة فهو ان السائمة هى التى المقصود منها النماء والربح وهو الموجود فيها أكثر ذلك والزكاة انما هى فضلات الاموال والفضلات انما توجد أكثر ذلك فى الاموال السائمة ولذلك اشترط فيها الحول فمن خصص بهذا القياس ذلك العموم لم يوجب الزكاة فى غير السائمة ومن لم يخصص ذلك ورأى ان العموم أقوى أوجب ذلك فى الصنفين جميعا فهذا هو ما اختلفوا فيه من الحيوان التى تجب فيه الزكاة وأجمعوا على انه ليس فيما يخرج من الحيوان زكاة الا العسل فانهم اختلفوا فيه فالجمهور على انه لا زكاة فيه وقال قوم فيه الزكاة وسبب اختلافهم فى تصحيح الأثر الوارد فى ذلك وهو قوله عليه الصلاة والسلام فى كل عشرة أزق زق خرجه الترمذى وغيره وأما ما اختلفوا فيه من النبات بعد اتفاقهم على الاصناف الاربعة التى ذكرناها فهو جنس النبات الذى تجب فيه الزكاة فنهم من لم ير الزكاة الا فى تلك الاربع فقط وبه قال ابن أبى ليلى وسفيان الثورى وابن المبارك ومنهم من قال الزكاة فى جميع المدخر المقتات من النبات وهو قول مالك والشافعى ومنهم من قال الزكاة فى كل ما تخرجه الارض ماعدا الحشيش والحطب والقصب وهو أبو حنيفة وسبب الخلاف أما بين من قصر الزكاة على الاصناف المجمع عليها وبين من عداها الى المدخر المقتات فهو اختلافهم فى تعلق الزكاة بهذه الاصناف الاربعة هل هو لعينها أو لعلة فيها وهى الاقتيات فمن قال لعينها قصر الوجوب عليها ومن قال لعلة الاقتيات عدى الوجوب لجميع المقتات وسبب الخلاف بين من قصر الوجوب على المقتات و بين من عداه الى جميع

ماتخرجه الارض الا ماوقع عليه الاجماع من الحشيش والحطب والقصب هو معارضة القياس لعموم اللفظ أما اللفظ الذى يقتضى العموم فهو قوله عليه الصلاة والسلام فيما سقت السماء العشر وفيما سقى بالنضح نصف العشر وما بمعنى الذى والذى من ألفاظ العموم وقوله تعالى (وهو الذى أنشأ جنات معروشات) الآية الى قوله (وآتوا حقه يوم حصاده) وأما القياس فهو ان الزكاة انما المقصود منها سد الخلة وذلك لا يكون غالبا الا فيما هو قوت فمن خصص العموم بهذا القياس أسقط الزكاة مما عدا المقتات ومن غلب العموم أوجبها فيما عدا ذلك الا ما أخرجه الاجماع والذين اتفقوا على المقتات اختلفوا فى أشياء من قبل اختلافهم فيها هل هى مقتاتة أم ليست بمقتاتة وهل يقاس على ما اتفق عليه أو ليس يقاس مثل اختلاف مالك والشافعى فى الزيتون فان مالكا ذهب الى وجوب الزكاة فيه ومنع ذلك الشافعى فى قوله الاخير بمصر وسبب اختلافهم هل هو قوت أم ليس بقوت ومن هذا الباب اختلاف أصحاب مالك فى ايجاب الزكاة فى التين أولا ايجابها وذهب بعضهم الى ان الزكاة تجب فى الثمار دون الخضر وهو قول ابن حبيب لقوله سبحانه وهو الذى أنشأ جنات معروشات وغير معروشات الآية ومن فرق فى الآية بين الثمار والزيتون فلا وجه لقوله الا وجه ضعيف واتفقوا على ان لا زكاة فى العروض التى لم يقصد بها التجارة واختلفوا فى ايجاب الزكاة فيما اتخذ منها للتجارة فذهب فقهاء الامصار الى وجوب ذلك ومنع ذلك أهل الظاهر والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى وجوب الزكاة بالقياس واختلافهم فى تصحيح حديث سمرة بن جندب أنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا أن نخرج الزكاة مما نعده للبيع وفيما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال أدّ زكاة البر وأما القياس الذى اعتمده الجهور فهو أن العروض المتخذة للتجارة مال مقصود به التنمية فأشبه الاجناس الثلاثة التى فيها الزكاة باتفاق أعنى الحرث والماشية والذهب والفضة وزعم الطحاوى ان زكاة العروض ثابتة عن عمر وابن عمر ولا مخالف لهم من الصحابة و بعضهم يرى ان مثل هذا هو اجماع من الصحابة أعنى اذا نقل عن واحد منهم قول ولم ينقل عن غيره خلافه وفيه ضعف ﴿ الجملة الثالثة ﴾ وأما معرفة النصاب فى واحد واحد من هذه الاموال المزكاة وهو المقدار الذى فيه تجب

الزكاة فيما له منها نصاب ومعرفة الواجب من ذلك أعنى فى عينه وقدره فانا نذكر من ذلك ما اتفقوا عليه واختلفوا فيه فى جنس جنس من هذه الاجناس المتفق عليها والمختلف فيها عند الذين اتفقوا عليه ولنجعل الكلام فى ذلك فى فصول الفصل الاول فى الذهب والفضة الثانى فى الابل الثالث فى الغنم الرابع فى البقر الخامس فى النبات السادس فى العروض

(الفصل الاول)

أما المقدار الذى تجب فيه الزكاة من الفضة فانهم اتفقوا على انه خمس أواق لقوله عليه الصلاة والسلام الثابت ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة ماعدا المعدن من الفضة فانهم اختلفوا فى اشتراط النصاب منه وفى المقدار الواجب فيه والأوقية عندهم أربعون درهما كيلا وأما القدر الواجب فيه فانهم اتفقوا على ان الواجب فى ذلك هو ربع العشر أعنى فى الفضة والذهب معا مالم يكونا خرجا من معدن واختلفوا من هذا الباب فى مواضع خمسة أحدها فى نصاب الذهب والثانى هل فيهما أوقاص أم لا أعنى هل فوق النصاب قدر لا تزيد الزكاة بزيادته والثالث هل يضم بعضها الى بعض فى الزكاة فيعدان كصنف واحد أعنى عند اقامة النصاب أم هما صنفان مختلفان والرابع هل من شرط النصاب أن يكون المالك واحدا لا اثنين الخامس فى اعتبار نصاب المعدن وحوله وقدر الواجب فيه

﴿ أما المسئلة الاولى ﴾ وهى اختلافهم فى نصاب الذهب فان أكثر العلماء على ان الزكاة تجب فى عشرين دينارا وزنا كما تجب فى مائتى درهم هذا مذهب مالك والشافعى وأبى حنيفة وأصحابهم وأحمد وجماعة فقهاء الامصار وقالت طائفة منهم الحسن بن أبى الحسن البصرى وأكثر أصحاب داود بن على ليس فى الذهب شئ حتى يبلغ أربعين دينارا ففيها ربع عشرها دينار واحد وقالت طائفة ثالثة ليس فى الذهب زكاة حتى يبلغ صرفها مائتى درهم أو قيمتها فاذا بلغت ففيها ربع عشرها كان وزن ذلك من الذهب عشرين دينارا أو أقل أو أكثر هذا فيما كان منها دون الاربعين دينارا فاذا بلغت أربعين دينارا كان الاعتبار بها نفسها لا بالدراهم لا صرفا ولا قيمة

وسبب اختلافهم في نصاب الذهب انه لم يثبت في ذلك شئ عن النبي صلى الله عليه وسلم كما ثبت ذلك في نصاب الفضة وماروى الحسن بن عمارة من حديث علي أنه عليه الصلاة والسلام قال هاتوا زكاة الذهب من كل عشرين دينارا نصف دينار فليس عند الاكثر مما يجب العمل به لانفراد الحسن بن عمارة به فمن لم يصح عنده هذا الحديث عتمد في ذلك على الاجماع وهو اتفاقهم على وجوبها في الأربعين وأما مالك فاعتمد في ذلك على العمل ولذلك قال في الموطأ السنة التي لا اختلاف فيها عندنا ان الزكاة تجب في عشرين دينارا كما تجب في مائتي درهم وأما الذين جعلوا الزكاة فيما دون الاربعين تبعا للدراهم فانه لما كانا عندهم من جنس واحد جعلوا الفضة هي الاصل اذ كان النص قد ثبت فيها وجعلوا الذهب تابعا لها في القيمة لا في الوزن وذلك فيما دون موضع الاجماع ولما قيل أيضا ان الرقة اسم يتناول الذهب والفضة وجاء في بعض الآثار ليس فيما دون خمس أواق من الرقة صدقة

﴿ المسئلة الثانية ﴾ وأما اختلافهم فيما زاد على النصاب فيها فان الجمهور قالوا ان ما زاد على مائتي درهم من الوزن ففيه بحساب ذلك اعني ربع العشر وممن قال بهذا القول مالك والشافعي وابو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة وأحمد بن حنبل وجماعة وقالت طائفة من اهل العلم أكثرهم أهل العراق لا شئ فيما زاد على المائتي درهم حتى يبلغ الزيادة أربعين درهما فاذا بلغتها كان فيها ربع عشرها وذلك درهم وبهذا القول قال أبو حنيفة وزفر وطائفة من اصحابهما وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح حديث الحسن بن عمارة ومعارضة دليل الخطاب له وترددهما بين اصلين في هذا الباب مختلفين في هذا الحكم وهي الماشية والحبوب اما حديث الحسن بن عمارة فانه رواه عن ابي اسحق عن عاصم بن ضمرة عن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال قد عفوت عن صدقة الخيل والرقيق فهاتوا من الرقة ربع العشر من كل مائتي درهم خمسة دراهم ومن كل عشرين دينارا نصف دينار وليس في مائتي درهم شئ حتى يحول عليها الحول ففيها خمسة دراهم فما زاد ففي كل اربعين درهما درهم وفي كل اربعة دنانير تزيد على العشرين دينارا درهم حتى تبلغ اربعين دينارا ففي كل اربعين دينار وفي كل اربعة وعشرين نصف دينار ودرهم واما دليل الخطاب المعارض له فقوله

عليه الصلاة والسلام ليس فيما دون خمس اواق من الورق صدقة ومفهومه ان فيما زاد على ذلك الصدقة قل اوكثر واما تردده ما بين الاصلين اللذين هما الماشية والحبوب فان النص على الاوقاص ورد فى الماشية واجمعوا على انه لااوقاص فى الحبوب فمن شبه الفضة والذهب بالماشية قال فيهما الاوقاص ومن شبههما بالحبوب قال لاوقص

﴿ واما المسئلة الثالثة ﴾ وهى ضم الذهب الى الفضة فى الزكاة فان عند مالك وابى حنيفة وجماعة انها تضم الدراهم الى الدنانير فاذا كمل من مجموعهما نصاب وجبت فيه الزكاة وقال الشافعى وابو ثور وداود لا يضم ذهب الى فضة ولا فضة الى ذهب وسبب اختلافهم هل كل واحد منهما يجب فيه الزكاة لعينه أم لسبب يعمهما وهو كونهما كما يقول الفقهاء رؤس الاموال وقيم المتلفات فمن راى ان المعتبر فى كل واحد منهما هو عينه ولذلك اختلف النصاب فيهما قال هما جنسان لا يضم احدهما الى الثانى كالحال فى البقر والغنم ومن رأى ان المعتبر فيهما هو ذلك الامر الجامع الذى قلناه اوجب ضم بعضهما الى بعض ويشبه ان يكون الاظهر اختلاف الاحكام حيث تختلف الاسماء وتختلف الموجودات انفسها وان كان قد يوهم اتحادهما اتفاق المنافع وهو الذى اعتمده مالك رحمه الله فى هذا الباب وفى باب الربا والذين اجازوا ضمهما اختلفوا فى صفة الضم فراى مالك ضمهما بصرف محدود وذلك بأن ينزل الدينار بعشرة دراهم على ما كانت عليه قديما فمن كانت عنده عشرة دنانير ومائة درهم وجبت عليه فيهما الزكاة عنده وجاز ان يخرج من الواحد عن الآخر وقال من هؤلاء آخرون تضم بالقيمة فى وقت الزكاة فمن كانت عنده مثلا مائة درهم وتسعة مثاقيل قيمتها مائة درهم وجبت عليه فيهما الزكاة اومن كانت عنده مائة درهم تساوى احد عشر مثقالا وتسعة مثاقيل وجبت عليه ايضا فيهما الزكاة وممن قال بهذا القول ابو حنيفة وبمثل هذا القول قال الثورى الا انه يراعى الاحوط للمساكين فى الضم اعنى القيمة اوالصرف المحدود ومنهم من قال يضم الاقل منها الى الاكثر ولا يضم الاكثر الى الاقل وقال آخرون تضم الدنانير بقيمتها ابدا كانت الدنانير أقل من الدراهم أو أكثر ولا تضم الدراهم الى الدنانير لان الدراهم أصل والدنانير فرع اذ كان لم يثبت فى الدنانير حديث ولا اجماع حتى تبلغ أربعين وقال

بعضهم اذا كان عنده نصاب من أحدهما ضم اليه قليل الآخر وكثيره ولم ير الضم في تكميل النصاب اذا لم يكن في واحد منهما نصاب بل في مجموعهما وسبب هذا الارتباك ما راموه من أن يجعلوا من شيئين نصابهما مختلف في الوزن نصابا واحدا وهذا كله لا معنى له ولعل من رام ضم أحدهما الى الآخر فقد أحدث حكما في الشرع حيث لا حكم لانه قد قال بنصاب ليس هو بنصاب ذهب ولا فضة ويستحيل في عادة التكليف والامر بالبيان أن يكون في أمثال هذه الاشياء المحتملة حكم مخصوص فيسكت عنه الشارع حتى يكون سكوته سببا لان يعرض فيه من الاختلاف ما مقداره هذا المقدار والشارع انما بعث صلى الله عليه وسلم لرفع الاختلاف

﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ فان عند مالك وأبي حنيفة ان الشريكين ليس يجب على أحدهما زكاة حتى يكون لكل واحد منهما نصاب وعند الشافعي ان المال المشترك حكمه حكم مال رجل واحد وسبب اختلافهم الاجمال الذي في قوله عليه الصلاة والسلام ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة فان هذا القدر يمكن أن يفهم منه أنه انما يخصه هذا الحكم اذا كان للمالك واحد فقط ويمكن أن يفهم منه أنه يخصه هذا الحكم كان للمالك واحد أو أكثر من مالك واحد الا أنه لما كان مفهوم اشتراط النصاب انما هو الرفق فواجب أن يكون النصاب من شرطه أن يكون للمالك واحد وهو الاظهر والله أعلم والشافعي كأنه شبه الشركة بالخلطة ولكن تأثير الخلطة في الزكاة غير متفق عليه على ما سيأتي بعد

﴿ وأما المسئلة الخامسة ﴾ وهي اختلافهم في اعتبار النصاب في المعدن وقدر الواجب فيه فان مالكا والشافعي راعيا النصاب في المعدن وانما الخلاف بينهما ان مالكا لم يشترط الحول واشترطه الشافعي على ما سنقول بعد في الجملة الرابعة وكذلك لم يختلف قولهما ان الواجب فيما يخرج منه هو ربع العشر وأما أبو حنيفة فلم ير فيه نصابا ولا حولا وقال الواجب هو الخمس وسبب الخلاف في ذلك هل اسم الركاز يتناول المعدن أم لا يتناوله لانه قال عليه الصلاة والسلام وفي الركاز الخمس وروى أشهب عن مالك أن المعدن الذي يوجد بغير عمل انه ركاز وفيه الخمس فسبب اختلافهم في هذا هو اختلافهم في دلالة اللفظ وهو أحد أسباب الاختلافات

العامة التي ذكرناها

(الفصل الثاني في نصاب الابل والواجب فيه)

وأجمع المسلمون على ان في كل خمس من الابل شاة الى أربع وعشرين فاذا كانت خمسا وعشرين ففيها ابنة مخاض الى خمس وثلاثين فان لم تكن ابنة مخاض فابن لبون ذكر فاذا كانت ستا وثلاثين ففيها بنت لبون الى خمس وأربعين فاذا كانت ستا وأربعين ففيها حقة الى ستين فاذا كانت واحدا وستين ففيها جذعة الى خمس وسبعين فاذا كانت ستا وسبعين ففيها ابنتا لبون الى تسعين فاذا كانت واحدا وتسعين ففيها حقتان الى عشرين ومائة لثبوت هذا كله في كتاب الصدقة الذي أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم وعمل به بعده أبو بكر وعمر واختلفوا منها في مواضع منها فيما زاد على العشرين والمائة ومنها اذا عدم السن الواجبة عليه وعنده السن الذي فوقه أو الذي تحته ما حكمه ومنها هل تجب الزكاة في صغار الابل وان وجبت فما الواجب

﴿فأما المسئلة الأولى﴾ وهي اختلافهم فيما زاد على المائة وعشرين فان مالكا قال اذا زادت على عشرين ومائة واحدة فالمصدق بالخيار ان شاء أخذ ثلاث بنات لبون وان شاء أخذ حقتين الى أن تبلغ ثلاثين ومائة فيكون فيها حقة وابنتا لبون وقال ابن القاسم من أصحابه بل يأخذ ثلاث بنات لبون من غير خيار الى أن تبلغ ثمانين ومائة فتكون فيها حقة وابنتا لبون وبهذا القول قال الشافعي وقال عبد الملك بن الماجشون من أصحاب مالك بل يأخذ الساعي حقتين فقط من غير خيار الى أن تبلغ مائة وثلاثين وقال الكوفيون أبو حنيفة وأصحابه والثوري اذا زادت على عشرين ومائة عادت الفريضة على أولها ومعنى عودها أن يكون عندهم في كل خمس ذود شاة فاذا كانت الابل مائة وخمسة وعشرين كان فيها حقتان وشاة الحقتان للمائة والعشرين والشاة للخمس فاذا بلغت ثلاثين ومائة ففيها حقتان وشاتان فاذا كانت خمسا وثلاثين ففيها حقتان وثلاث شياه الى أربعين ومائة ففيها حقتان وأربع شياه الى خمس وأربعين ومائة فاذا بلغتها ففيها حقتان وابنة مخاض الحقتان للمائة والعشرين وابنة المخاض للخمس وعشرين كما كانت في الفرض الاول الى

خمسين ومائة فاذا بلغتها ففيها ثلاث حقاق فاذا زادت على الخمسين ومائة استقبل بها الفريضة الاولى الى أن تبلغ مائتين فيكون فيها أربع حقاق ثم يستقبل بها الفريضة وأما ماعدا الكوفيين من الفقهاء فانهم اتفقوا على أن مازاد على المائة والثلاثين ففى كل أربعين بنت لبون وفى كل خمسين حقة * وسبب اختلافهم فى عودة الفرض أولا عودته اختلاف الآثار فى هذا الباب وذلك انه ثبت فى كتاب الصدقة أنه قال عليه الصلاة والسلام فما زاد على العشرين ومائة ففى كل أربعين بنت لبون وفى كل خمسين حقة وروى من طريق أبى بكر بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده عن النبى عليه الصلاة والسلام انه كتب كتاب الصدقة وفيه اذا زادت الابل على مائة وعشرين استؤنفت الفريضة فذهب الجمهور الى ترجيح الحديث الاول اذ هو أثبت وذهب الكوفيون الى ترجيح حديث عمرو بن حزم لانه ثبت عندهم هذا من قول على وابن مسعود قالوا ولا يصح أن يكون مثل هذا الا توقيفا اذ كان مثل هذا لا يقال بالقياس * وأما سبب اختلاف مالك وأصحابه والشافعى فيما زاد على المائة وعشرين الى الثلاثين فلانه لم يستقم لهم حساب الاربعينيات ولا الخمسينيات فمن رأى ان ما بين المائة وعشرين الى أن يستقيم الحساب وقص قال ليس فيما زاد على ظاهر الحديث الثابت شئ ظاهر حتى يبلغ مائة وثلاثين وهو ظاهر الحديث وأما الشافعى وابن القاسم فانما ذهبا الى أن فيها ثلاث بنات لبون لانه قد روى عن ابن شهاب فى كتاب الصدقة أنها اذا بلغت احدى وعشرين ومائة ففيها ثلاث بنات لبون فاذا بلغت ثلاثين ومائة ففيها بنتا لبون وحقة * فسبب اختلاف ابن الماجشون وابن القاسم هو معارضة ظاهر الاثر الثابت للتفسير الذى فى هذا الحديث فابن الماجشون رجح ظاهر الاثر للاتفاق على ثبوته وابن القاسم والشافعى حملا المجمل على المفصل المفسر وأما تخيير مالك الساعى فكأنه جمع بين الاثرين والله أعلم

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ وهو اذا عدم السن الواجب من الابل الواجبة وعنده السن الذى فوق هذا السن أو تحته فان مالكا قال يكلف شراء ذلك السن وقال قوم بل يعطى السن الذى عنده وزيادة عشرين درهما ان كان السن الذى عنده أحط أوشاتين وان كان أعلى دفع اليه المصدق عشرين درهما أوشاتين وهذا ثابت فى كتاب

الصدقة فلا معنى للمنازعة فيه ولعل مالكا لم يبلغه هذا الحديث وبهذا الحديث قال الشافعي وأبو ثور وقال أبو حنيفة الواجب عليه القيمة على أصله فى اخراج القيم فى الزكاة وقال قوم بل يعطى السن الذى عنده وما بينهما من القيمة

﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ وهى هل تجب فى صغار الابل وان وجبت فماذا يكلف فان قوما قالوا تجب فيها الزكاة وقوم قالوا لا تجب وسبب اختلافهم هل يتناول اسم الجنس الصغار أو لا يتناوله والذين قالوا لا تجب فيها زكاة هو أبو حنيفة وجماعة من أهل الكوفة وقد احتجوا بحديث سويد بن عقلة انه قال أتانا مصدق النبى عليه الصلاة والسلام فأتيته فجلست اليه فسمعته يقول ان فى عهدى أن لا آخذ من راضع لبن ولا أجمع بين مفترق ولا نفرق بين مجتمع قال وأتاه رجل بناقة كوماء فابى أن يأخذها والذين أوجبوا الزكاة فيها منهم من قال يكلف شراء السن الواجبة عليه ومنهم من قال يأخذ منها وهو الاقيس وبنحو هذا الاختلاف اختلفوا فى صغار البقر وسخال الغنم

(الفصل الثالث فى نصاب البقر وقدر الواجب فى ذلك)

جمهور العلماء على ان فى ثلاثين من البقر تبيعا وفى أربعين مسنة وقالت طائفة فى كل عشر من البقر شاة الى ثلاثين ففيها تبيع وقيل اذا بلغت خمسا وعشرين ففيها بقرة الى خمس وسبعين ففيها بقرتان اذا جاوزت ذلك فاذا بلغت مائة وعشرين ففى كل أربعين بقرة وهذا عن سعيد بن المسيب واختلف فقهاء الامصار فيما بين الاربعين والستين فذهب مالك والشافعى وأحمد والثورى وجماعة ان لا شئ فيما زاد على الاربعين حتى تبلغ ستين فاذا بلغت ستين ففيها تبيعان الى سبعين ففيها مسنة وتبيع الى ثمانين ففيها مسنتان الى تسعين ففيها ثلاثة أتبعة الى مائة ففيها تبيعان ومسنة ثم هكذا ما زاد ففى كل ثلاثين تبيع وفى كل أربعين مسنة وسبب اختلافهم فى النصاب ان حديث معاذ غير متفق على صحته ولذلك لم يخرجه الشيخان وسبب اختلاف فقهاء الامصار فى الوقص فى البقر أنه جاء فى حديث معاذ هذا انه توقف فى الاوقاص وقال حتى أسأل فيها النبى عليه الصلاة والسلام فلما قدم عليه وجده قد توفى صلى الله عليه وسلم فلما لم يرد فى ذلك نص طلب حكمه من طريق القياس فمن قاسها

على الابل والغنم لم ير فى الاوقاص شيأ ومن قال ان الاصل ان فى الاوقاص الزكاة الا ما استثناه الدليل من ذلك وجب أن لا يكون عنده فى البقر وقص اذ لا دليل هنالك من اجماع ولا غيره .

(الفصل الرابع فى نصاب الغنم وقدر الواجب من ذلك)

وأجمعوا من هذا الباب على ان فى سائمة الغنم اذا بلغت أربعين شاة شاة الى عشرين ومائة فاذا زادت على العشرين ومائة ففيها شاتان الى مائتين فاذا زادت على المائتين فثلاث شياه الى ثلاثمائة فاذا زادت على الثلاثمائة ففى كل مائة شاة وذلك عند الجمهور الا الحسن بن صالح فانه قال اذا كانت الغنم ثلاثمائة شاة وشاة واحدة ان فيها أربع شياه واذا كانت أربعمائة شاة وشاة ففيها خمس شياه وروى قوله هذا عن منصور عن ابراهيم والآثار الثابتة المرفوعة فى كتاب الصدقة على ما قال الجمهور واتفقوا على ان المعز تضم مع الغنم واختلفوا من أى صنف منها يأخذ المصدق فقال مالك يأخذ من الاكثر عددا فان استوت خير الساعى وقال أبو حنيفة بل الساعى يخير اذا اختلفت الاصناف وقال الشافعى يأخذ الوسط من الاصناف المختلفة لقول عمر رضى الله عنه نعد عليهم السخلة يحملها الراعى ولا نأخذها ولا نأخذ الاكولة ولا الربى ولا الماخض ولا فحل الغنم ونأخذ الجذعة والثنية وذلك عدل بين خيار المال ووسطه وكذلك اتفق جماعة فقهاء الامصار على انه لا يؤخذ فى الصدقة تيس ولا هرمة ولا ذات عور لثبوت ذلك فى كتاب الصدقة الا أن يرى المصدق ان ذلك خير للمساكين واختلفوا فى العمياء وذات العلة هل تعد على صاحب المال أم لا فرأى مالك والشافعى ان تعد وروى عن أبى حنيفة انها لا تعد وسبب اختلافهم هل مطلق الاسم يتناول الاصحاء والمرضى أم لا يتناولهما واختلفوا من هذا الباب فى نسل الامهات هل تعد مع الامهات فيكمل النصاب بها اذا لم تبلغ نصابا فقال مالك يعد بها وقال الشافعى وأبو حنيفة وأبو ثور لا يعتد بالسخال الا أن تكون الامهات نصابا وسبب اختلافهم احتمال قول عمر رضى الله عنه اذ أمر ان تعد عليهم بالسخال ولا يؤخذ منها شئ فان قوما فهموا من هذا اذا كانت الامهات نصابا وقوم فهموا هذا

مطلقا وأحسب ان أهل الظاهر لا يوجبون فى السخال شيأ ولا يعدون بها لا كانت الامهات نصابا ولالم تكن لان اسم الجنس لا ينطلق عليها عندهم وأكثر الفقهاء على ان للخلطة تأثيرا فى قدر الواجب من الزكاة واختلف القائلون بذلك هل لها تأثير فى قدر النصاب أم لا وأما أبو حنيفة وأصحابه فلم يروا للخلطة تأثير الا فى قدر الواجب ولا فى قدر النصاب وتفسير ذلك ان مالكا والشافعى وأكثر فقهاء الامصار اتفقوا على أن الخلطاء يزكون زكاة المالك الواحد واختلفوا من ذلك فى موضعين أحدهما فى نصاب الخلطاء هل يعد نصاب مالك واحد سواء كان لكل واحد منهم نصاب أو لم يكن أم انما يزكون زكاة الرجل الواحد اذا كان لكل واحد منهم نصاب والثانى فى صفة الخلطة التى لها تأثير فى ذلك وأما اختلافهم أولا فى هل للخلطة تأثير فى النصاب وفى الواجب أو ليس لها تأثير فسبب اختلافهم فى مفهوم ما ثبت فى كتاب الصدقة من قوله عليه الصلاة والسلام لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة وما كان من خليطين فانهما يتراجعان بالسوية فان كل واحد من الفريقين أنزل مفهوم هذا الحديث على اعتقاده وذلك ان الذين رأوا للخلطة تأثيرا ما فى النصاب والقدر الواجب أو فى القدر الواجب فقط قالوا ان قوله عليه الصلاة والسلام وما كان من خليطين فانهما يتراجعان بالسوية وقوله لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع يدل دلالة واضحة ان ملك الخليطين كملك رجل واحد فان هذا الاثر مخصص لقوله عليه الصلاة والسلام ليس فيما دون خمس ذود من الابل صدقة اما فى الزكاة عند مالك وأصحابه أعنى فى قدر الواجب واما فى الزكاة والنصاب معا عند الشافعى وأصحابه وأما الذين لم يقولوا بالخلطة فقالوا ان الشريكين قد يقال لهما خليطان ويحتمل أن يكون قوله عليه الصلاة والسلام لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع انما هو نهى للسعاة أن يقسم ملك الرجل الواحد قسمة توجب عليه كثرة الصدقة مثل رجل يكون له مائة وعشرون شاة فيقسم عليه الى أربعين ثلاث مرات أو يجمع ملك رجل واحد الى ملك رجل آخر حيث يوجب الجمع كثرة الصدقة قالوا واذا كان هذا الاحتمال فى هذا الحديث وجب أن لا تخصص به الاصول الثابتة المجمع عليها أعنى ان النصاب والحق الواجب فى الزكاة يعتبر بملك الرجل الواحد وأما الذين

قالوا بالخلطة فقالوا ان لفظ الخلطة هو أظهر فى الخلطة نفسها منه فى الشركة واذا كان ذلك كذلك فقوله عليه الصلاة والسلام فيهما انهما يتراجعان بالسوية مما يدل على ان الحق الواجب عليهما حكمه حكم رجل واحد وان قوله عليه الصلاة والسلام انهما يتراجعان بالسوية يدل على ان الخليطين ليسا بشريكين لان الشريكين ليس يتصور بينهما تراجع اذ المأخوذ هو من مال الشركة فمن اقتصر على هذا المفهوم ولم يقس عليه النصاب قال الخليطان انما يزكيان زكاة الرجل الواحد اذا كان لكل واحد منهما نصاب ومن جعل حكم النصاب تابعا لحكم الحق الواجب قال نصابهما نصاب الرجل الواحد كما ان زكاتهما زكاة الرجل الواحد وكل واحد من هؤلاء أنزل قوله عليه الصلاة والسلام لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع على ماذهب اليه فأما مالك رحمه الله فانه قال معنى قوله لا يفرق بين مجتمع ان الخليطين يكون لكل واحد منهما مائة شاة وشاة فتكون عليهما فيها ثلاث شياه فاذا افترقا كان على كل واحد منهما شاة ومعنى قوله ولا يجمع بين مفترق ان يكون النفر الثلاث لكل واحد منهم أربعون شاة فاذا جمعوها كان عليهم شاة واحدة فعلى مذهبه النهى انما هو متوجه نحو الخلطاء الذين لكل واحد منهم نصاب وأما الشافعى فقال معنى قوله ولا يفرق بين مجتمع أن يكون رجلان لهما أربعون شاة فاذا فرقا غنمهما لم يجب عليهما فيها زكاة اذ كان نصاب الخلطاء عنده نصاب ملك واحد فى الحكم وأما القائلون بالخلطة فانهم اختلفوا فيما هى الخلطة المؤثرة فى الزكاة فأما الشافعى فقال ان من شرط الخلطة أن تختلط ماشيتهما وتراحا الواحد وتحلبا الواحد وتسرحا الواحد وتسقيا معا وتكون فحولهما مختلطة ولا فرق عنده بالجملة بين الخلطة والشركة ولذلك يعتبر كمال النصاب لكل واحد من الشريكين كما تقدم وأما مالك فالخليطان عنده ما اشتركا فى الدلو والحوض والمراح والراعى والفحل واختلف أصحابه فى مراعاة بعض هذه الاوصاف أو جميعها وسبب اختلافهم اشتراك اسم الخلطة ولذلك لم يرقوم تأثير الخلطة فى الزكاة وهو مذهب أبى محمد بن حزم الاندلسى

﴿ الفصل الخامس فى نصاب الحبوب والثمار والقدر الواجب فى ذلك ﴾

وأجمعوا على ان الواجب فى الحبوب أما ما سقى بالسماء فالعشر وأما ما سقى بالنضح

فنصف العشر لثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم وأما النصاب فانهم اختلفوا فى وجوبه فى هذا الجنس من مال الزكاة فصار الجمهور الى ايجاب النصاب فيه وهو خمسة أوسق والوسق ستون صاعا باجماع والصاع أربعة امداد بمد النبى عليه الصلاة والسلام والجمهور على أن مده رطل وثلث وزيادة يسيرة بالبغدادى واليه رجع أبو يوسف حين ناظره مالك على مذهب أهل العراق لشهادة أهل المدينة بذلك وكان أبو حنيفة يقول فى المد انه رطلان وفى الصاع انه ثمانية أرطال وقال أبو حنيفة ليس فى الحبوب والثمار نصاب وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص أما العموم فقوله عليه الصلاة والسلام فيما سقت السماء العشر وفيما سقى بالنضح نصف العشر وأما الخصوص فقوله عليه الصلاة والسلام ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة والحديثان ثابتان فمن رأى أن الخصوص يبنى على العموم قال لابد من النصاب وهو المشهور ومن رأى ان العموم والخصوص متعارضان اذا جهل المتقدم فيهما والمتأخر اذ كان قد ينسخ الخصوص بالعموم عنده وينسخ العموم بالخصوص اذ كل ماوجب العمل به جاز نسخه والنسخ قد يكون للبعض وقد يكون للكل ومن رجح العموم قال لا نصاب ولكن حمل الجمهور عندى الخصوص على العموم هو من باب ترجيح الخصوص على العموم فى الجزء الذى تعارضا فيه فان العموم فيه ظاهر والخصوص فيه نص فتأمل هذا فانه السبب الذى صير الجمهور الى ان يقولوا نبنى العام على الخاص وعلى الحقيقة ليس بنيانا فان التعارض بينهما موجود الا أن يكون الخصوص متصلا بالعموم فيكون استثناء واحتجاج أبى حنيفة فى النصاب بهذا العموم فيه ضعف فان الحديث انما خرج مخرج تبيين القدر الواجب منه واختلفوا من هذا الباب فى النصاب فى ثلاث مسائل المسئلة الاولى فى ضم الحبوب بعضها الى بعض فى النصاب الثانية فى جواز تقدير النصاب فى العنب والتمر بالخرص الثالثة هل يحسب على الرجل ما يأكله من ثمره وزرعه قبل الحصاد والجداد فى النصاب أم لا

﴿أما المسئلة الاولى﴾ فانهم أجمعوا على ان الصنف الواحد من الحبوب والتمر يجمع جيده الى رديئه وتؤخذ الزكاة عن جميعه بحسب قدر كل واحد منهما أعنى من الجيد والردىء فان كان التمر أصنافا أخذ من وسطه واختلفوا فى ضم القطانى بعضها الى

بعض وفى ضم الحنطة والشعير والسلت فقال مالك القطنية كلها صنف واحد والحنطة والشعير والسلت أيضا وقال الشافعى وأبو حنيفة وأحمد وجماعة القطانى كلها أصناف كثيرة بحسب أسمائها ولا يضم منها شئ الى غيره فى حساب النصاب وكذلك الشعير والسلت والحنطة عندهم أصناف ثلاثة لا يضم واحد منها الى الآخر لتكميل النصاب وسبب الخلاف هل المراعاة فى الصنف الواحد هو اتفاق المنافع أو اتفاق الاسماء فمن قال اتفاق الاسماء قال كلما اختلف أسماؤها فهى أصناف كثيرة ومن قال اتفاق المنافع قال كلما اتفقت منافعها فهى صنف واحد وان اختلفت أسماؤها فكل واحد منهما يروم أن يقرر قاعدته باستقراء الشرع أعنى ان أحدهما يحتج لمذهبه بالاشياء التى اعتبر الشرع فيها الاسماء والآخر بالاشياء التى اعتبر الشرع فيها المنافع ويشبه أن يكون شهادة الشرع للاسماء فى الزكاة أكثر من شهادته للمنافع وان كان كلا الاعتبارين موجودا فى الشرع والله أعلم

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ وهى تقدير النصاب بالخرص واعتباره به دون الكيل فان جمهور العلماء على اجازة الخرص فى النخيل والاعناب حين يبدو صلاحها لضرورة ان يخلى بينها و بين أهلها يأكلونها رطبا وقال داود لا خرص الا فى النخيل فقط وقال أبو حنيفة وصاحباه الخرص باطل وعلى رب المال أن يؤدى عشر ما تحصل بيده زاد على الخرص أو نقص منه والسبب فى اختلافهم فى جواز الخرص معارضة الاصول للاثر الوارد فى ذلك أما الاثر الوارد فى ذلك وهو الذى تمسك به الجمهور فهو ماروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يرسل عبد الله بن رواحة وغيره الى خيبر فيخرص عليهم النخل وأما الاصول التى تعارضه فلأنه من باب المزابنة المنهى عنها وهو بيع التمر فى رؤس النخل بالتمر كيلا ولانه أيضا من باب بيع الرطب بالتمر نسيئة فيدخله المنع من التفاضل ومن النسيئة وكلاهما من أصول الربا فلما رأى الكوفيون هذا مع ان الخرص الذى كان يخرص على أهل خيبر لم يكن للزكاة اذ كانوا ليسوا بأهل زكاة قالوا يحتمل أن يكون تخمينا ليعلم ما بأيدى كل قوم من الثمار قال القاضى أما بحسب خبر مالك فالظاهر انه كان فى القسمة لما روى أن عبد الله بن رواحة كان اذا فرغ من الخرص قال ان شئتم فلكم

وان شئتم فلى أعنى فى قسمة الثمار لا فى قسمة الحب وأما بحسب حديث عائشة الذى رواه أبو داود فانما الخرص لموضع النصيب الواجب عليهم فى ذلك والحديث هو أنها قالت وهى تذكر شأن خيبر كان النبى صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة الى يهود خيبر فيخرص عليهم النخل حين يطيب قبل ان يؤكل منه وخرص الثمار لم يخرجه الشيخان وكيفما كان فالخرص مستثنى من تلك الاصول هذا ان ثبت انه كان منه عليه الصلاة والسلام حكما منه على المسلمين فان الحكم لو ثبت على أهل الذمة ليس يجب أن يكون حكما على المسلمين الا بدليل والله أعلم ولو صح حديث عتاب بن أسيد لكان جواز الخرص بينا والله أعلم وحديث عتاب بن أسيد هو أنه قال أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أخرص العنب وآخذ زكاته زبيبا كما تؤخذ زكاة النخل تمرا وحديث عتاب بن أسيد طعن فيه لان راويه عنه هو سعيد بن المسيب وهو لم يسمع منه ولذلك لم يجز داود خرص العنب واختلف من أوجب الزكاة فى الزيتون فى جواز خرصه والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى قياسه فى ذلك على النخل والعنب والمخرج عند الجميع من النخل فى الزكاة هو التمر لا الرطب وكذلك الزبيب من العنب لا العنب نفسه وكذلك عند القائلين بوجوب الزكاة فى الزيتون هو الزيت لا الحب قياسا على التمر والزبيب وقال مالك فى العنب الذى لا يتزبب والزيتون الذى لا ينعصر أرى أن يؤخذ منه حبا

﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ فان مالكا وأبا حنيفة قالا يحسب على الرجل ما أكل من ثمره وزرعه قبل الحصاد فى النصاب وقال الشافعى لا يحسب عليه ويترك الخارص لرب المال ما يأكل هو وأهله والسبب فى اختلافهم ما يعارض الآثار فى ذلك من الكتاب والقياس أما السنة فى ذلك فما رواه سهل بن أبى حثمة أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث أبا حثمة خارصا فجاء رجل فقال يارسول الله ان أبا حثمة قد زاد على فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ابن عمك يزعم أنك زدت عليه فقال يارسول الله لقد تركت له قدر عرية أهله ومايطعمه المساكين وماتسقطه الريح فقال قد زادك ابن عمك وأنصفك وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا خرصتم فدعوا الثلث فان لم تدعوا الثلث فدعوا الربع وروى عن جابر أن

رسول الله صلى الله عليه وسلم قال خففوا فى الخرص فان فى المال العرية والأكلة والوصية والعامل والنوائب وما وجب فى الثمر من الحق وأما الكتاب المعارض لهذه الآثار والقياس فقوله تعالى (كلوا من ثمره اذا أثمر وآتوا حقه يوم حصاده) وأما القياس فلانه مال فوجبت فيه الزكاة أصله سائر الاموال فهذه هى المسائل المشهورة التى تتعلق بقدر الواجب فى الزكاة والواجب منه فى هذه الأجناس الثلاثة التى الزكاة مخرجة من أعيانها لم يختلفوا انها اذا خرجت من الاعيان أنفسها انها مجزية واختلفوا هل يجوز فيها أن يخرج بدل العين القيمة أولا يجوز فقال مالك والشافعى لا يجوز اخراج القيم فى الزكوات بدل المنصوص عليه فى الزكوات وقال أبو حنيفة يجوز سواء قدر على المنصوص عليه أو لم يقدر وسبب اختلافهم هل الزكاة عبادة أو حق واجب للمساكين فمن قال انها عبادة قال ان أخرج من غير تلك الاعيان لم يجز لانه اذا أتى بالعبادة على غير الجهة المأمور بها فهى فاسدة ومن قال هى حق للمساكين فلا فرق بين القيمة والعين عنده وقد قالت الشافعية لنا أن نقول وان سلمنا انها حق للمساكين ان الشارع انما علق الحق بالعين قصدا منه لتشريك الفقراء مع الأغنياء فى أعيان الاموال والحنفية تقول انما خصت بالذكر أعيان الاموال تسهيلا على أرباب الاموال لان كل ذى مال انما يسهل عليه الاخراج من نوع المال الذى بين يديه ولذلك جاء فى بعض الاثر انه جعل فى الدية على أهل الحلل حللا على ما يأتى فى كتاب الحدود

(الفصل السادس فى نصاب العروض)

والنصاب فى العروض على مذهب القائلين بذلك انما هو فيما اتخذ منها للبيع خاصة على ما يقدر قبل والنصاب فيها على مذهبهم هو النصاب فى العين اذ كانت هذه هى قيم المتلفات ورؤس الاموال وكذلك الحول فى العروض عند الذين أوجبوا الزكاة فى العروض فان مالكا قال اذا باع العروض زكاه لسنة واحدة كالحال فى الدين وذلك عنده فى التاجر الذى تنضبط له أوقات شراء عروضه وأما الذين لا ينضبط لهم وقت ما يبيعونه ولا يشترونه وهم الذين يخصون باسم المدير فحكم هؤلاء عند مالك اذا حال

عليهم الحول من يوم ابتداء تجارتهم أن يقوّم ما بيده من العروض ثم يضم الى ذلك ما بيده من العين وماله من الدين الذى يرتجى قبضه ان لم يكن عليه دين مثله وذلك بخلاف قوله فى دين غير المدير فاذا بلغ ما اجتمع عنده من ذلك نصابا أدى زكاته وسواء نض له فى عامه شئ من العين أو لم ينض بلغ نصابا أو لم يبلغ نصابا وهذه رواية ابن الماجشون عن مالك وروى ابن القاسم عنه اذا لم يكن له ناض وكان يتجر بالعروض لم يكن عليه فى العروض شئ فمنهم من لم يشترط وجود الناض عنده ومنهم من شرطه والذى شرطه منهم من اعتبر فيه النصاب ومنهم من لم يعتبر ذلك وقال المزنى زكاة العروض تكون من أعيانها لا من أثمانها وقال الجمهور الشافعى وأبو حنيفة وأحمد والثورى والاوزاعى وغيرهم المدير وغير المدير حكمه واحد وأنه من اشترى عرضا للتجارة فحال عليه الحول قوّمه وزكاه وقال قوم بل يزكى ثمنه الذى ابتاعه به لا قيمته وانما لم يوجب الجمهور على المدير شيأ لان الحول انما يشترط فى عين المال لا فى نوعه وأما مالك فشبه النوع ههنا بالعين لئلا تسقط الزكاة رأسا عن المدير وهذا هو بأن يكون شرعا زائدا أشبه منه بأن يكون شرعا مستنبطا من شرع ثابت ومثل هذا هو الذى يعرفونه بالقياس المرسل وهو الذى لا يستند الى أصل منصوص عليه فى الشرع الا ما يعقل من المصلحة الشرعية فيه ومالك رحمه الله يعتبر المصالح وان لم يستند الى أصول منصوص عليها

﴿ الجملة الرابعة فى وقت الزكاة ﴾ وأما وقت الزكاة فان جمهور الفقهاء يشترطون فى وجوب الزكاة فى الذهب والفضة والماشية الحول لثبوت ذلك عن الخلفاء الاربعة ولانتشاره فى الصحابة رضى الله عنهم ولانتشار العمل به ولاعتقادهم أن مثل هذا الانتشار من غير خلاف لا يجوز أن يكون الا عن توقيف وقد روى مرفوعا من حديث ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا زكاة فى مال حتى يحول عليه الحول وهذا مجمع عليه عند فقهاء الامصار وليس فيه فى الصدر الاول خلاف الا ما روى عن ابن عباس ومعاوية وسبب الاختلاف انه لم يرد فى ذلك حديث ثابت واختلفوا من هذا الباب فى مسائل ثمانية مشهورة احداها هل يشترط الحول فى المعدن اذا قلنا ان الواجب فيه ربع العشر الثانية فى اعتبار حول

ربح المال الثالثة حول الفوائد الواردة على مال تجب فيه الزكاة الرابعة فى اعتبار حول الدين اذا قلنا ان فيه الزكاة الخامسة فى اعتبار حول العروض اذا قلنا ان فيها الزكاة السادسة فى حول فائدة الماشية السابعة فى حول نسل الغنم اذا قلنا انها تضم الى الامهات اما على رأى من يشترط أن تكون الامهات نصابا وهو الشافعي وأبو حنيفة واما على مذهب من لا يشترط ذلك وهو مذهب مالك والثامنة فى جواز اخراج الزكاة قبل الحول

﴿ أما المسئلة الاولى ﴾ وهى المعدن فان الشافعي راعى فيه الحول مع النصاب وأما مالك فراعى فيه النصاب دون الحول وسبب اختلافهم تردد شبهه بين ما تخرجه الارض مما تجب فيه الزكاة و بين التبر والفضة المقتنيين فمن شبهه بما تخرجه الارض لم يعتبر الحول فيه ومن شبهه بالتبر والفضة المقتنيين أوجب الحول وتشبيهه بالتبر والفضة أبين والله أعلم

﴿ المسئلة الثانية ﴾ وأما اعتبار حول ربح المال فانهم اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال فرأى الشافعي ان حوله يعتبر من يوم استفيد سواء كان الاصل نصابا أو لم يكن وهو مروى عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب ألا يعرض لارباح التجار حتى يحول عليها الحول وقال مالك حول الربح هو حول الاصل أى اذا كمل للاصول حول زكى الربح معه سواء كان الاصل نصابا أو أقل من نصاب اذا بلغ الاصل مع ربحه نصابا قال أبو عبيد ولم يتابعه عليه أحد من الفقهاء الا أصحابه وفرق قوم بين ان يكون رأس المال الحائل عليه الحول نصابا أولا يكون فقالوا ان كان نصابا زكى الربح مع رأس ماله وان لم يك نصابا لم يزكه وممن قال بهذا القول الاوزاعي وأبو ثور وأبو حنيفة وسبب اختلافهم تردد الربح بين أن يكون حكمه حكم المال المستفاد أو حكم الاصل فمن شبهه بالمال المستفاد ابتداء قال يستقبل به الحول ومن شبهه بالاصل وهو راس المال قال حكمه حكم رأس المال الا ان من شروط هذا التشبيه أن يكون رأس المال قد وجبت فيه الزكاة وذلك لا يكون الا اذا كان نصابا ولذلك يضعف قياس الربح على الاصل فى مذهب مالك ويشبه ان يكون الذى اعتمده مالك رضى الله عنه فى ذلك هو تشبيه ربح المال بنسل الغنم لكن نسل الغنم مختلف وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهي حول الفوائد فانهم أجمعوا على ان المال اذا كان أقل من نصاب واستفيد اليه مال من غير ربحه يكمل من مجموعهما نصاب أنه يستقبل به الحول من يوم كمل واختلفوا اذا استفاد مالا وعنده نصاب مال آخر قد حال عليه الحول فقال مالك يزكى المستفاد ان كان نصابا لحوله ولا يضم الى المال الذى وجبت فيه الزكاة وبهذا القول فى الفوائد قال الشافعى وقال أبو حنيفة وأصحابه والثورى الفوائد كلها تزكى بحول الاصل اذا كان الاصل نصابا وكذلك الربح عندهم وسبب اختلافهم هل حكمه حكم المال الوارد عليه أم حكمه حكم مال لم يرد على مال آخر فمن قال حكمه حكم مال لم يرد على مال آخر أعنى مالا فيه زكاة قال لا زكاة فى الفائدة ومن جعل حكمه حكم الوارد عليه وأنه مال واحد قال اذا كان فى الوارد عليه الزكاة بكونه نصابا اعتبر حوله بحول المال الوارد عليه وعموم قوله عليه الصلاة والسلام لا زكاة فى مال حتى يحول عليه الحول يقتضى أن لا يضاف مال الى مال الا بدليل وكأن أبا حنيفة اعتمد فى هذا قياس الناض على الماشية ومن أصله الذى يعتمده فى هذا الباب أنه ليس من شرط الحول أن يوجد المال نصابا فى جميع أجزائه بل أن يوجد نصابا فى طرفيه فقط وبعضامنه فى كله فعنده انه اذا كان مال فى أول الحول نصابا ثم هلك بعضه فصار أقل من نصاب ثم استفاد مالا فى آخر الحول صار به نصابا أنه تجب فيه الزكاة وهذا عنده موجود فى هذا المال لانه لم يستكمل الحول وهو فى جميع أجزائه مال واحد بعينه بل زاد ولكن ألفى فى طرفى الحول نصابا والظاهر أن الحول الذى اشترط فى المال انما هو فى مال معين لا يزيد ولا ينقص لا بربح ولا بفائدة ولا بغير ذلك اذ كان المقصود بالحول هو كون المال فضلة مستغنى عنه وذلك أن ما بقى حولا عند المالك لم يتغير عنده فليس به حاجة اليه فجعل فيه الزكاة فان الزكاة انما هى فى فضول الاموال وأما من رأى ان اشتراط الحول فى المال انما سببه النماء فواجب عليه أن يقول تضم الفوائد فضلا عن الارباح الى الاصول وأن يعتبر النصاب فى طرفى الحول فتأمل هذا فانه بين والله أعلم ولذلك رأى مالك أن من كان عنده فى أول الحول ماشية تجب فيها الزكاة ثم باعها وأبدلها فى آخر الحول بماشية من نوعها أنها تجب فيها الزكاة فكأنه اعتبر أيضا طرفى

الحول على مذهب أبى حنيفة وأخذ ايضا ما اعتمد أبو حنيفة فى فائدة الناض القياس على فائدة الماشية على ماقلناه

﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ وهى اعتبار حول الدين اذا قلنا ان فيه الزكاة فان قوما قالوا يعتبر ذلك فيه من أول ما كان دينا يزكيه لعدة ذلك ان كان حولا فحول وان كان أحوالا فأحوال أعنى انه ان كان حولا تجب فيه زكاة واحدة وان أحوالا وجبت فيه الزكاة لعدة تلك الاحوال وقوم قالوا يزكيه لعام واحد وان أقام الدين أحوالا عند الذى عنده الدين وقوم قالوا يستقبل به الحول وأما من قال يستقبل بالدين الحول من يوم قبض فلم يقل بايجاب الزكاة فى الدين ومن قال فيه الزكاة بعدد الاحوال التى أقام فصيرا الى تشبيه الدين بالمال الحاضر وأما من قال الزكاة فيه لحول واحد وان أقام أحوالا فلا أعرف له مستندا فى وقتى هذا لأنه لا يخلو مادام دينا أن يقول ان فيه زكاة أولا يقول ذلك فان لم يكن فيه زكاة فلا كلام بل يستأنف به وان كان فيه زكاة فلا يخلو أن يشترط فيها الحول أولا تشترط ذلك فان اشترطنا وجب أن يعتبر عدد الاحوال الا أن يقول كلما انقضى حول فلم يتمكن من أدائه سقط عنه ذلك الحق اللازم فى ذلك الحول فان الزكاة وجبت بشرطين حضور عين المال وحلول الحول فلم يبق الاحق العام الاخير وهذا يشبه مالك بالعروض التى للتجارة فانها لا تجب عنده فيها زكاة الا اذا باعها وان أقامت عنده أحوالا كثيرة وفيه شبه ما بالماشية التى لا يأتى الساعى أعواما اليها ثم يأتى فيجدها قد نقصت فانه يزكى على مذهب مالك الذى وجد فقط لانه لما أن حال عليها الحول فيما تقدم ولم يتمكن من اخراج الزكاة اذ كان مجىء الساعى شرطا عنده فى اخراجها مع حلول الحول سقط عنه حق ذلك الحول الحاضر وحوسب به فى الاعوام السالفة كان الواجب فيها أقل أو أكثر اذا كانت مما تجب فيه الزكاة وهو شئ يجرى على غير قياس وانما اعتبر مالك فيه العمل وأما الشافعى فيراه ضامنا لانه ليس مجىء الساعى شرطا عنده فى الوجوب وعلى هذا كل من رأى انه لا يجوز أن يخرج زكاة ماله الا بأن يدفعها الى الامام فعدم الامام أو عدم الامام العادل ان كان ممن شرط العدالة فى ذلك انه ان هلكت بعد انقضاء الحول وقبل التمكن من دفعها الى الامام

فلاشيء عليه ومالك تنقسم عنده زكاة الديون لهذه الاحوال الثلاثة أعني ان من الديون عنده ما يزكي لعام واحد فقط مثل ديون التجارة ومنها ما يستقبل بها الحول مثل ديون المواريث والثالث دين المدير وتحصيل قوله في الديون ليس بغرضنا

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ وهي حول العروض وقد تقدم القول فيها عند القول في نصاب العروض

﴿ وأما المسئلة السادسة ﴾ وهي فوائد الماشية فان مذهب مالك فيها بخلاف مذهبه في فوائد الناض وذلك انه يبني الفائدة على الاصل اذا كان الاصل نصابا كما يفعل أبو حنيفة في فائدة الدراهم وفي فائدة الماشية فأبو حنيفة مذهبه في الفوائد حكم واحد أعني انها تبنى على الاصل اذا كانت نصابا كانت فائدة غنم أو فائدة ناض والارباح عنده والنسل كالفوائد وأما مالك فالربح والنسل عنده حكمهما واحد ويفرق بين فوائد الناض وفوائد الماشية وأما الشافعي فالارباح والفوائد عنده حكمهما واحد باعتبار حولهما بأنفسهما وفوائد الماشية ونسلها واحد أيضا باعتبار حولهما بالاصل اذا كان نصابا فهذا هو تحصيل مذاهب هؤلاء الفقهاء الثلاثة وكانه انما فرق مالك بين الماشية والناض اتباعا لعمر والا فالقياس فيهما واحد أعني ان الربح شبيه بالنسل والفائدة بالفائدة وحديث عمر هذا هو انه أمر أن يعد عليهم بالسخال ولا يأخذ منها شيأ وقد تقدم الحديث في باب النصاب

﴿ المسئلة السابعة ﴾ وهي اعتبار حول نسل الغنم فان مالكا قال حول النسل هو حول الامهات كانت الامهات نصابا أو لم تكن كما قال في ربح الناض وقال الشافعي وأبو حنيفة وأبو ثور لا يكون حول النسل حول الامهات الا أن تكون الامهات نصابا وسبب اختلافهم هو بعينه سبب اختلافهم في ربح المال

﴿ وأما المسئلة الثامنة ﴾ وهي جواز اخراج الزكاة قبل الحول فان مالكا منع ذلك وجوزه أبو حنيفة والشافعي وسبب الخلاف هل هي عبادة أو حق واجب للمساكين فمن قال عبادة وشبهها بالصلاة لم يجز اخراجها قبل الوقت ومن شبهها بالحقوق الواجبة المؤجلة أجاز اخراجها قبل الاجل على جهة التطوع وقد احتج الشافعي لرأيه بحديث علي أن النبي عليه الصلاة والسلام استسلف صدقة العباس قبل محلها

﴿ الجملة الخامسة فيمن تجب له الصدقة ﴾ والكلام فى هذا الباب فى ثلاثة فصول الاول فى عدد الاصناف الذين تجب لهم الثانى فى صفتهم التى تقتضى ذلك الثالث كم يجب لهم

(الفصل الاول)

فأما عددهم فهم الثمانية التى نص الله عليهم فى قوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين الآية واختلفوا من العدد فى مسئلتين احداهما هل يجوز أن تصرف جميع الصدقة الى صنف واحد من هؤلاء الاصناف أم هم شركاء فى الصدقة لا يجوز أن يخص منهم صنف دون صنف فذهب مالك وأبو حنيفة الى أنه يجوز للامام أن يصرفها فى صنف واحد أو أكثر من صنف واحد اذا رأى ذلك بحسب الحاجة وقال الشافعى لا يجوز ذلك بل يقسم على الاصناف الثمانية كما سمى الله تعالى وسبب اختلافهم معارضة اللفظ للمعنى فان اللفظ يقتضى القسمة بين جميعهم والمعنى يقتضى أن يؤثر بها أهل الحاجة اذ كان المقصود به سد الخلة فكان تعديدهم فى الآية عند هؤلاء انما ورد لتمييز الجنس أعنى أهل الصدقات لا تشريكهم فى الصدقة فالاول أظهر من جهة اللفظ وهذا أظهر من جهة المعنى ومن الحجة للشافعى ما رواه أبو داود عن الصدائى أن رجلا سأل النبى صلى الله عليه وسلم أن يعطيه من الصدقة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله لم يرض بحكم نبى ولا غيره فى الصدقات حتى حكم فيها فجزأها ثمانية أجزاء فان كنت من تلك الاجزاء أعطيتك حقك

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ فهل المؤلفة قلوبهم حقهم باق الى اليوم أم لا فقال مالك لا مؤلفة اليوم وقال الشافعى وأبو حنيفة بل حق المؤلفة باق الى اليوم اذا رأى الامام ذلك وهم الذين يتألفهم الامام على الاسلام وسبب اختلافهم هل ذلك خاص بالنبى صلى الله عليه وسلم أو عام له ولسائر الامة والاظهر انه عام وهل يجوز ذلك للامام فى كل أحواله أو فى حال دون حال أعنى فى حال الضعف لا فى حال القوة ولذلك قال مالك لا حاجة الى المؤلفة الآن لقوة الاسلام وهذا كما قلنا التفات منه الى المصالح

(الفصل الثانى)

وأما صفاتهم التى يستوجبون بها الصدقة ويمنعون منها باضدادها فأحدها الفقر

الذى هو ضد الغنى لقوله تعالى (انما الصدقات للفقراء والمساكين) واختلفوا فى الغنى الذى تجوز له الصدقة من الذى لا تجوز وما مقدار الغنى المحرم للصدقة فأما الغنى الذى لا تجوز له الصدقة فان الجمهور على انه لا تجوز الصدقة للاغنياء بأجمعهم الا للخمس التى نص عليهم النبى عليه الصلاة والسلام فى قوله لا تحل الصدقة لغنى الا لخمسة لغاز فى سبيل الله أو لعامل عليها أو لغارم أو لرجل له جار مسكين فتصدق على المسكين فأهدى المسكين للغنى وروى عن ابن القاسم أنه لا يجوز أخذ الصدقة لغنى أصلا مجاهدا كان أو عاملا والذين أجازوها للعامل وان كان غنيا أجازوها للقضاة ومن فى معناهم ممن المنفعة بهم عامة للمسلمين ومن لم يجز ذلك فقياس ذلك عنده هو أن لا تجوز لغنى أصلا وسبب اختلافهم هو هل العلة فى ايجاب الصدقة للاصناف المذكورين هو الحاجة فقط أو الحاجة والمنفعة العامة فمن اعتبر ذلك بأهل الحاجة المنصوص عليهم فى الآية قال الحاجة فقط ومن قال الحاجة والمنفعة العامة توجب أخذ الصدقة اعتبر المنفعة للعامل والحاجة بسائر الاصناف المنصوص عليهم وأما حد الغنى الذى يمنع من الصدقة فذهب الشافعى الى أن المانع من الصدقة هو أقل ما ينطلق عليه الاسم وذهب أبو حنيفة الى أن الغنى هو ملك النصاب لانهم الذين سماهم النبى عليه الصلاة والسلام أغنياء لقوله فى حديث معاذ له فأخبرهم أن الله فرض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم واذا كان الاغنياء هم الذين هم أهل النصاب وجب أن يكون الفقراء ضدهم وقال مالك ليس فى ذلك حد انما هو راجع الى الاجتهاد وسبب اختلافهم هل الغنى المانع هو معنى شرعى أم معنى لغوى فمن قال معنى شرعى قال وجود النصاب هو الغنى ومن قال معنى لغوى اعتبر فى ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم فمن رأى ان أقل ما ينطلق عليه الاسم هو محدود فى كل وقت وفى كل شخص جعل حده هذا ومن رأى انه غير محدود وان ذلك يختلف باختلاف الحالات والحاجات والاشخاص والامكنة والازمنة وغير ذلك قال هو غير محدود وان ذلك راجع الى الاجتهاد وقد روى أبو داود فى حديث الغنى الذى يمنع الصدقة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه ملك خمسين درهما وفى أثر آخر انه ملك أوقية وهى أربعون درهما وأحسب ان قوما قالوا بهذه الآثار فى حد الغنى

واختلفوا من هذا الباب فى صفة الفقير والمسكين والفصل الذى بينهما فقال قوم الفقير أحسن حالا من المسكين و به قال البغداديون من أصحاب مالك وقال آخرون المسكين أحسن حالا من الفقير و به قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعى فى أحد قوليه وفى قوله الثانى انهما اسمان دالان على معنى واحد والى هذا ذهب ابن القاسم وهذا النظر هو لغوى ان لم تكن له دلالة شرعية والاشبه عند استقراء اللغة أن يكونا اسمين دالين على معنى واحد يختلف بالاقل والاكثر فى كل واحد منهما الا أن هذا راتب من أحدهما على قدر غير القدر الذى الآخر راتب عليه واختلفوا فى قوله تعالى وفى الرقاب فقال مالك هم العبيد يعتقهم الامام ويكون ولاؤهم للمسلمين وقال الشافعى وأبو حنيفة هم المكاتبون وابن السبيل هو عندهم المسافر فى طاعة ينفد زاده فلا يجد ما ينفقه و بعضهم يشترط فيه أن يكون ابن السبيل جار الصدقة وأما فى سبيل الله فقال مالك سبيل الله مواضع الجهاد والرباط و به قال أبو حنيفة وقال غيره الحجاج والعمار وقال الشافعى هو الغازى جار الصدقة وانما اشترط جار الصدقة لان عند أكثرهم انه لا يجوز تنقيل الصدقة من بلد الى بلد الا من ضرورة

(الفصل الثالث)

وأما قدر ما يعطى من ذلك أما الغارم فبقدر ما عليه اذا كان دينه فى طاعة وفى غير سرف بل فى أمر ضرورى وكذلك ابن السبيل يعطى ما يحمله الى بلده ويشبه أن يكون ما يحمله الى مغزاه عند من جعل ابن السبيل الغازى واختلفوا فى مقدار ما يعطى المسكين الواحد من الصدقة فلم يحد مالك فى ذلك حدا وصرفه الى الاجتهاد و به قال الشافعى قال وسواء كان ما يعطى من ذلك نصابا أو أقل من نصاب وكره أبو حنيفة أن يعطى أحد من المساكين مقدار نصاب من الصدقة وقال الثورى لا يعطى أحد أكثر من خمسين درهما وقال الليث يعطى ما يبتاع به خادما اذا كان ذا عيال وكانت الزكاة كثيرة وكأن أكثرهم مجمعون على انه لا يجب أن يعطى عطية يصير بها من الغنى فى مرتبة من لا تجوز له الصدقة لان ما حصل له من ذلك المال فوق القدر الذى هو به من أهل الصدقة صار فى اول مراتب الغنى فهو حرام عليه وانما اختلفوا فى

ذلك لاختلافهم فى هذا القدر فهذه المسئلة كأنها تبنى على معرفة أول مراتب الغنى وأما العامل عليها فلا خلاف عند الفقهاء انه انما يأخذ بقدر عمله فهذا مارأينا أن نثبته فى هذا الكتاب وان نذكر ناشيأ مما يشاكل غرضنا ألحقناه به ان شاء الله تعالى

﴿ كتاب زكاة الفطر ﴾

والكلام فى هذه الزكاة يتعلق بفصول أحدها فى معرفة حكمها والثانى فى معرفة من تجب عليه والثالث كم تجب عليه وبماذا تجب عليه والرابع متى تجب عليه والخامس من تجوز له

(الفصل الأول)

فأما زكاة الفطر فان الجمهور على انها فرض وذهب بعض المتأخرين من أصحاب مالك الى انها سنة وبه قال أهل العراق وقال قوم هى منسوخة بالزكاة وسبب اختلافهم تعارض الآثار فى ذلك وذلك انه ثبت من حديث عبد الله بن عمر أنه قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر على الناس من رمضان صاعا من تمر أو صاعا من شعير على كل حر أو عبد ذكر أو أنثى من المسلمين وظاهر هذا يقتضى الوجوب على مذهب من يقلد الصاحب فى فهم الوجوب أو الندب من أمره عليه الصلاة والسلام اذا لم يحد لنا لفظه وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى حديث الاعرابى المشهور وذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم الزكاة قال هل على غيرها قال لا الا أن تطوع فذهب الجمهور الى أن هذه الزكاة داخلة تحت الزكاة المفروضة وذهب الغير الى انها غير داخلة واحتجوا فى ذلك بما روى عن قيس بن سعد بن عبادة أنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا بها قبل نزول الزكاة فلما نزلت آية الزكاة لم نؤمر بها ولم ننه عنها ونحن نفعله

(الفصل الثانى)

فيمن تجب عليه وعمن تجب وأجمعوا على أن المسلمين مخاطبون بها ذكرانا كانوا أو اناثا صغارا أو كبارا عبيدا أو أحرارا لحديث ابن عمر المتقدم الا ماشذ فيه الليث فقال ليس على أهل العمود زكاة الفطر وانما هى على أهل القرى ولا حجة له وما شذ

أيضامن قول من لم يوجبها على اليتيم وأما عمن تجب فانهم اتفقوا على انها تجب على المرء في نفسه وانها زكاة بدن لا زكاة مال وانها تجب في ولده الصغار عليه اذا لم يكن لهم مال وكذلك في عبيده اذا لم يكن لهم مال واختلفوا فيما سوى ذلك وتلخيص مذهب مالك في ذلك انها تلزم الرجل عمن ألزمه الشرع النفقة عليه ووافقه في ذلك الشافعي وانما يختلفان من قبل اختلافهم فيمن تلزم المرء نفقته اذا كان معسرا ومن ليس تلزمه وخالفه أبو حنيفة في الزوجة وقال تؤدي عن نفسها وخالفهم أبو ثور في العبد اذا كان له مال فقال اذا كان له مال زكى عن نفسه ولم يزك عنه سيده . وبه قال أهل الظاهر والجمهور على انه لا تجب على المرء في أولاده الصغار اذا كان لهم زكاة فطر وبه قال الشافعي وأبو حنيفة ومالك وقال الحسن هي على الاب وان اعطاها من مال الابن فهو ضامن وليس من شرط هذه الزكاة الغنا عند اكثرهم ولا نصاب بل ان تكون فضلا عن قوته وقوت عياله وقال ابو حنيفة واصحابه لا تجب على من تجوز له الصدقة لانه لا يجتمع ان تجوز له وان تجب عليه وذلك بين والله اعلم وانما اتفق الجمهور على ان هذه الزكاة ليست بلازمة لمكلف مكلف في ذاته فقط كالحال في سائر العبادات بل ومن قبل غيره لايجابها على الصغير والعبيد فمن فهم من هذا ان علة الحكم الولاية قال الولي يلزمه اخراج الصدقة على كل من يليه ومن فهم من هذه النفقة قال المنفق يجب ان يخرج الزكاة عن كل من ينفق عليه بالشرع وانما عرض هذا الاختلاف لانه اتفق في الصغير والعبد وهما اللذان نبها على ان هذه الزكاة ليست معلقة بذات المكلف فقط بل ومن قبل غيره ان وجدت الولاية فيها ووجوب النفقة فذهب مالك الى ان العلة في ذلك وجوب النفقة وذهب ابو حنيفة الى ان العلة في ذلك الولاية ولذلك اختلفوا في الزوجة وقد روى مرفوعا أدّوا زكاة الفطر عن كل من تمونون ولكنه غير مشهور واختلفوا من العبيد في مسائل احداها كما قلنا وجوب زكاته على السيد اذا كان له مال وذلك مبنى على انه يملك اولا يملك والثانية في العبد الكافر هل يؤدى عنه زكاته ام لا فقال مالك والشافعي واحمد ليس على السيد في العبد الكافر زكاة وقال الكوفيون عليه الزكاة فيه والسبب في اختلافهم في الزيادة الواردة في ذلك

في حديث ابن عمر وهو قوله من المسلمين فانه قد خولف فيها نافع بكون ابن عمر أيضا الذي هو راوي الحديث من مذهبه اخراج الزكاة عن العبيد الكفار وللخلاف أيضا سبب آخر وهو كون الزكاة الواجبة على السيد في العبد هل هي لمكان أن العبد مكلف أو أنه مال فمن قال لمكان انه مكلف اشترط الاسلام ومن قال لمكان انه مال لم يشترطه قالوا ويدل على ذلك اجماع العلماء على أن العبد اذا أعتق ولم يخرج عنه مولاه زكاة الفطر أنه لا يلزمه اخراجها عن نفسه بخلاف الكفارات والثالثة في المكاتب فان مالكا وأبا ثور قالا لا يؤدي عنه سيده زكاة الفطر وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد لا زكاة عليه فيه والسبب في اختلافهم تردد المكاتب بين الحر والعبد والرابعة في عبيد التجارة ذهب مالك والشافعي وأحمد الى أن على السيد فيهم زكاة الفطر وقال أبو حنيفة وغيره ليس في عبيد التجارة صدقة وسبب الخلاف معارضة القياس للعموم وذلك أن عموم اسم العبد يقتضي وجوب الزكاة في عبيد التجارة وغيرهم وعند أبي حنيفة أن هذا العموم مخصص بالقياس وذلك هو اجتماع زكاتين في مال واحد وكذلك اختلفوا في عبيد العبيد وفروع هذا الباب كثيرة

(الفصل الثالث)

وأما ماذا تجب فان قوما ذهبوا الى أنها تجب اما من البر أو من التمر أو الشعير أو الزبيب أو الاقط وأن ذلك على التخيير للذي تجب عليه وقوم ذهبوا الى أن الواجب عليه هو غالب قوت البلد أو قوت المكلف اذا لم يقدر على قوت البلد وهو الذي حكاه عبد الوهاب عن المذهب والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم حديث أبي سعيد الخدري أنه قال كنا نخرج زكاة الفطر في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام أو صاعا من شعير أو صاعا من أقط أو صاعا من تمر فمن فهم من هذا الحديث التخيير قال أي اخرج من هذه أجزأ عنه ومن فهم منه أن اختلاف المخرج ليس سببه الاباحة وانما سببه اعتبار قوت المخرج أو قوت غالب البلد قال بالقول الثاني وأما كم يجب فان العلماء اتفقوا على أنه لا يؤدي في زكاة الفطر من التمر والشعير أقل من صاع لثبوت ذلك في حديث ابن عمر واختلفوا في قدر ما يؤدي من القمح فقال مالك والشافعي لا يجزي منه أقل من صاع وقال أبو حنيفة وأصحابه يجزي من البر

نصف صاع والسبب فى اختلافهم تعارض الآثار وذلك أنه جاء فى حديث أبى سعيد الخدرى أنه قال كنا نخرج زكاة الفطر فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام أو صاعا من شعير أو صاعا من أقط أو صاعا من تمر أو صاعا من زبيب وظاهره أنه أراد بالطعام القمح وروى الزهرى أيضا عن أبى سعيد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى صدقة الفطر صاعا من بر بين اثنين أو صاعا من شعير أو تمر عن كل واحد خرجه أبو داود وروى عن ابن المسيب أنه قال كانت صدقة الفطر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف صاع من حنطة أو صاعا من شعير أو صاعا من تمر فمن أخذ بهذه الاحاديث قال نصف صاع من البر ومن أخذ بظاهر حديث أبى سعيد وقاس البر فى ذلك على الشعير سوى بينهما فى الوجوب

(الفصل الرابع)

وأما متى يجب اخراج زكاة الفطر فانهم اتفقوا على أنها تجب فى آخر رمضان لحديث ابن عمر فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر من رمضان واختلفوا فى تحديد الوقت فقال مالك فى رواية ابن القاسم عنه تجب بطلوع الفجر من يوم الفطر وروى عنه أشهب انها تجب بغروب الشمس من آخر يوم من رمضان وبالأول قال أبو حنيفة وبالثانى قال الشافعى وسبب اختلافهم هل هى عبادة متعلقة بيوم العيد أو بخروج شهر رمضان لأن ليلة العيد ليست من شهر رمضان وفائدة هذا الاختلاف فى المولود يولد قبل الفجر من يوم العيد وبعد مغيب الشمس هل تجب عليه أم لا تجب

(الفصل الخامس)

وأما لمن تصرف فأجمعوا على انها تصرف لفقراء المسلمين لقوله عليه الصلاة والسلام أغنوهم عن السؤال فى هذا اليوم واختلفوا هل تجوز لفقراء الذمة والجمهور على أنها لا تجوز لهم وقال أبو حنيفة تجوز لهم وسبب اختلافهم هل سبب جوازها هو الفقر فقط أو الفقر والاسلام معا فمن قال الفقر والاسلام لم يجزها للذميين ومن قال الفقر فقط أجازها لهم واشترط قوم فى أهل الذمة الذين تجوز لهم أن يكونوا رهبانا وأجمع

المسلمون على أن زكاة الاموال لاتجوز لأهل الذمة لقوله عليه الصلاة والسلام صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليما ﴾

(كتاب الصيام)

وهذا الكتاب ينقسم أوّلا قسمين أحدهما في الصوم الواجب والآخر في المندوب اليه والنظر في الصوم الواجب ينقسم الى قسمين أحدهما في الصوم والآخر في الفطر أما القسم الأول وهو الصيام فانه ينقسم أوّلا الى جملتين احداهما معرفة أنواع الصيام الواجب والآخر معرفة أركانه وأما القسم الذى يتضمن النظر في الفطر فانه ينقسم الى معرفة المفطرات والى معرفة المفطرين وأحكامهم فلنبدأ بالقسم الأول من هذا الكتاب وبالجملة الاولى منه وهى معرفة أنواع الصيام فنقول ان الصوم الشرعى منه واجب ومنه مندوب اليه والواجب ثلاثة أقسام منه ما يجب للزمان نفسه وهو صوم شهر رمضان بعينه ومنه ما يجب لعلة وهو صيام الكفارات ومنه ما يجب بايجاب الانسان ذلك على نفسه وهو صيام النذر والذى يتضمن هذا الكتاب القول فيه من أنواع هذه الواجبات هو صوم شهر رمضان فقط وأما صوم الكفارات فيذكر عند ذكر المواضع التى تجب منها الكفارة وكذلك صوم النذر يذكر فى كتاب النذر * فأما صوم شهر رمضان فهو واجب بالكتاب والسنة والاجماع فاما الكتاب فقوله تعالى (كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون) وأما السنة ففى قوله عليه الصلاة والسلام بنى الاسلام على خمس وذكر فيها الصوم وقوله للاعرابى وصيام شهر رمضان قال هل علىّ غيرها قال لا الا أن تطوع وأما الاجماع فانه لم ينقل الينا خلاف عن أحد من الأئمة فى ذلك وأما على من يجب وجوبا غير مخير فهو البالغ العاقل الحاضر الصحيح اذا لم تكن فيه الصفة المانعة من الصوم وهى الحيض للنساء هذا لا خلاف فيه لقوله تعالى (فمن شهد منكم الشهر فليصمه)

﴿ الجملة الثانية فى الاركان ﴾ والاركان ثلاثة اثنان متفق عليهما وهو الزمان والامساك عن المفطرات والثالث مختلف فيه وهو النية فأما الركن الاول الذى هو الزمان فانه ينقسم الى قسمين أحدهما زمان الوجوب وهو شهر رمضان

والآخر زمان الامساك عن المفطرات وهو أيام هذا الشهر دون الليالى ويتعلق بكل واحد من هذين الزمانين مسائل قواعد اختلفوا فيها فلنبدأ بما يتعلق من ذلك بزمان الوجوب وأول ذلك فى تحديد طرفى هذا الزمان وثانيا فى معرفة الطريق التى بها يتوصل الى معرفة العلامة المحدودة له فى حق شخص شخص وأفق أفق فأما طرفا هذا الزمان فان العلماء أجمعوا على أن الشهر العربى يكون تسعا وعشرين ويكون ثلاثين وعلى أن الاعتبار فى تحديد شهر رمضان انما هو الرؤية لقوله عليه الصلاة والسلام صوموا لرؤية وأفطروا لرؤية وعنى بالرؤية أول ظهور القمر بعد السواد واختلفوا فى الحكم اذا غم الشهر ولم تمكن الرؤية وفى وقت الرؤية المعتبر فأما اختلافهم اذا غم الهلال فان الجمهور يرون أن الحكم فى ذلك أن تكمل العدة ثلاثين فان كان الذى غم هلال أول الشهر عدّ الشهر الذى قبله ثلاثين يوما وكان أول رمضان الحادى والثلاثين وان كان الذى غم هلال آخر الشهر صام الناس ثلاثين يوما وذهب ابن عمر الى أنه ان كان المغمى عليه هلال أول الشهر صيم اليوم الثانى وهو الذى يعرف بيوم الشك وروى عن بعض السلف أنه اذا أغمى الهلال رجع الى الحساب بمسير القمر والشمس وهو مذهب مطرف ابن الشخير وهو من كبار التابعين وحكى ابن سريج عن الشافعى أنه قال من كان مذهبه الاستدلال بالنجوم ومنازل القمر ثم تبين له من جهة الاستدلال ان الهلال مرئى وقد غم فان له أن يعقد الصوم ويجزيه وسبب اختلافهم الاجمال الذى فى قوله صلى الله عليه وسلم صوموا الرؤية وأفطروا الرؤية فان غم عليكم فاقدروا له فذهب الجمهور الى أن تأويله أكملوا العدة ثلاثين ومنهم من رأى أن معنى التقدير له هو عدّه بالحساب ومنهم من رأى أن معنى ذلك أن يصبح المرء صائما وهو مذهب ابن عمر كما ذكرنا وفيه بعد فى اللفظ وانما صار الجمهور الى هذا التأويل لحديث ابن عباس الثابت أنه قال عليه الصلاة والسلام فان غم عليكم فأكملوا العدة ثلاثين وذلك مجمل وهذا مفسر فوجب أن يحمل المجمل على المفسر وهى طريقة لا خلاف فيها بين الأصوليين فانه ليس عندهم بين المجمل والمفسر تعارض أصلا فمذهب الجمهور فى هذا لائح والله أعلم وأما اختلافهم فى اعتبار وقت الرؤية فانهم اتفقوا على أنه اذا رؤى من العشىّ

أن الشهر من اليوم الثانى واختلفوا اذا رؤى فى سائر أوقات النهار أعنى أول ما رؤى فذهب الجمهور أن القمر فى أول وقت رؤى من النهار أنه لليوم المستقبل كحكم رؤيته بالعشى وبهذا القول قال مالك والشافعى وأبو حنيفة وجمهور أصحابهم وقال أبو يوسف من أصحاب أبى حنيفة والثورى وابن حبيب من أصحاب مالك اذا رؤى الهلال قبل الزوال فهو لليلة الماضية وان رؤى بعد الزوال فهو للآتية وسبب اختلافهم ترك اعتبار التجربة فيما سبيله التجربة والرجوع الى الأخبار فى ذلك وليس فى ذلك أثر عن النبى عليه الصلاة والسلام يرجع اليه لكن روى عن عمر رضى الله عنه أثران أحدهما عام والآخر مفسر فذهب قوم الى العام وذهب قوم الى المفسر فأما العام فهو ما رواه الاعمش عن أبى وائل شقيق بن سلمة قال أتانا كتاب عمر ونحن بخانقين ان الأهلة بعضها أكبر من بعض فاذا رأيتم الهلال نهارا فلا تفطروا حتى يشهد رجلان أنهما رأياه بالامس وأما الخاص فما روى الثورى عنه أنه بلغ عمر بن الخطاب ان قوما رأوا الهلال بعد الزوال فأفطروا فكتب اليهم يلومهم وقال اذا رأيتم الهلال نهارا قبل الزوال فافطروا واذا رأيتموه بعد الزوال فلا تفطروا قال القاضى الذى يقتضى القياس والتجربة ان القمر لا يرى والشمس بعد لم تغب الا وهو بعيد منها لأنه حينئذ يكون أكبر من قوس الرؤية وان كان يختلف فى الكبر والصغر فبعيد والله أعلم أن يبلغ من الكبر أن يرى والشمس بعد لم تغب ولكن المعتمد فى ذلك التجربة كما قلنا ولا فرق فى ذلك قبل الزوال ولا بعده وانما المعتبر فى ذلك مغيب الشمس أولا مغيبها وأما اختلافهم فى حصول العلم بالرؤية فان له طريقين أحدهما الحس والآخر الخبر فأما طريق الحس فان العلماء أجمعوا على ان من أبصر هلال الصوم وحده ان عليه أن يصوم الا عطاء بن أبى رباح فانه قال لا يصوم الا برؤية غيره معه واختلفوا هل يفطر برؤيته وحده فذهب مالك وأبو حنيفة وأحمد الى أنه لا يفطر وقال الشافعى يفطر وبه قال أبو ثور وهذا لا معنى له فان النبى عليه الصلاة والسلام قد أوجب الصوم والفطر للرؤية والرؤية انما تكون بالحس ولولا الاجماع على الصيام بالخبر عن الرؤية لبعد وجوب الصيام بالخبر لظاهر هذا الحديث وانما فرق من فرق بين هلال الصوم والفطر لمكان سد الذريعة أن

لا يدعى الفساق انهم رأوا الهلال فيفطرون وهم بعد لم يروه ولذلك قال الشافعى ان خاف التهمة أمسك عن الأكل والشرب واعتقد الفطر وشذ مالك فقال من أفطر وقد رأى الهلال وحده فعليه القضاء والكفارة وقال أبو حنيفة عليه القضاء فقط وأما طرق الخبر فانهم اختلفوا فى عدد المخبرين الذين يجب قبول خبرهم عن الرؤية وفى صفتهم فأما مالك فقال انه لا يجوز أن يصام ولا يفطر بأقل من شهادة رجلين عدلين وقال الشافعى فى رواية المزنى أنه يصام بشهادة رجل واحد على الرؤية ولا يفطر بأقل من شهادة رجلين وقال أبو حنيفة ان كانت السماء مغيمة قبل واحد وان كانت صاحية بمصر كبير لم تقبل الا شهادة الجم الغفير وروى عنه أنه تقبل شهادة عدلين اذا كانت السماء مصحية وقد روى عن مالك أنه لا تقبل شهادة الشاهدين الا اذا كانت السماء مغيمة وأجمعوا على أنه لا يقبل فى الفطر الا اثنان الا أبا ثور فانه لم يفرق فى ذلك بين الصوم والفطر كما فرق الشافعى وسبب اختلافهم اختلاف الآثار فى هذا الباب وتردد الخبر فى ذلك بين أن يكون من باب الشهادة أو من باب العمل بالأحاديث التى لا يشترط فيها العدد أما الآثار فمن ذلك ما خرجه أبو داود عن عبد الرحمن بن زيد ابن الخطاب أنه خطب الناس فى اليوم الذى يشك فيه فقال انى جالست أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وسألتهم وكلهم حدثونى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال صوموا لرؤية وأفطروا لرؤية فان غم عليكم فأتموا ثلاثين فان شهد شاهدان فصوموا وأفطروا ومنها حديث ابن عباس أنه قال جاء أعرابى الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال أبصرت الهلال الليلة فقال أتشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا عبده ورسوله قال نعم قال يا بلال أذن فى الناس فليصوموا غدا خرجه الترمذى قال وفى اسناده خلاف لأنه رواه جماعة مرسلا ومنها حديث ربعى بن خراش خرجه أبو داود عن ربعى بن خراش عن رجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الناس فى آخر يوم من رمضان فقام اعرابيان فشهدا عند النبى صلى الله عليه وسلم لأهل الهلال أمس عشية فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم الناس أن يفطروا وأن يعودوا الى المصلى فذهب الناس فى هذه الآثار مذهب الترجيح ومذهب الجمع فالشافعى جمع بين حديث ابن عباس وحديث ربعى بن خراش على ظاهرهما فأوجب الصوم بشهادة

واحدوا الفطر باثنين ومالك رجح حديث عبد الرحمن بن زيد لمكان القياس أعنى تشبيه ذلك بالشهادة فى الحقوق ويشبه أن يكون أبو ثور لم ير تعارضا بين حديث ابن عباس وحديث ربعى بن خراش وذلك ان الذى فى حديث ربعى بن خراش أنه قضى بشهادة اثنين وفى حديث ابن عباس أنه قضى بشهادة واحد وذلك مما يدل على جواز الأمرين جميعا لا ان ذلك تعارض ولا أن القضاء الاول مختص بالصوم والثانى بالفطر فان القول بهذا انما ينبنى على توهم التعارض وكذلك يشبه الا أن (٧) يكون تعارض بين حديث عبد الرحمن بن زيد وبين حديث ابن عباس الا بدليل الخطاب وهو ضعيف اذا عارضه النص فقد ترى أن قول أبى ثور على شذوذه هو أبين مع أن تشبيه الرائى بالراوى هو أمثل من تشبيهه بالشاهد لان الشهادة اما أن يقول ان اشتراط العدد فيها عبادة غير معللة فلا يجوز أن يقيس عليها واما أن يقول ان اشتراط العدد فيها هو لموضع التنازع الذى فى الحقوق والشبهة التى تعرض من قبل قول أحد الخصمين فاشترط فيها العدد وليكون الظن أغلب والميل الى حجة أحد الخصمين أقوى ولم يتعد بذلك الاثنين لئلا يعسر قيام الشهادة فتبطل الحقوق وليس فى رؤية القمر شبهة من مخالف توجب الاستظهار بالعدد ويشبه أن يكون الشافعى انما فرق بين هلال الفطر وهلال الصوم للتهمة التى تعرض للناس فى هلال الفطر ولا تعرض فى هلال الصوم ومذهب أبى بكر بن المنذر هو مذهب أبى ثور وأحسبه هو مذهب أهل الظاهر وقد احتج أبو بكر بن المنذر لهذا الحديث بانعقاد الاجماع على وجوب الفطر والامساك عن الاكل بقول واحد فوجب أن يكون الامر كذلك فى دخول الشهر وخروجه اذ كلاهما علامة تفصل زمان الفطر من زمان الصوم واذا قلنا ان الرؤية تثبت بالخبر فى حق من لم يره فهل يتعدى ذلك من بلد الى بلد أعنى هل يجب على أهل بلد مّا اذا لم يروه أن يأخذوا فى ذلك برؤية بلد آخر أم لكل بلد رؤية فيه خلاف فأما مالك فان ابن القاسم والمصريين رووا عنه أنه اذا ثبت عند أهل بلد أن أهل بلد آخر رأوا الهلال ان عليهم قضاء ذلك اليوم الذى أفطروه وصامه غيرهم وبه قال الشافعى وأحمد وروى المدنيون عن مالك أن الرؤية لا تلزم بالخبر عند غير اهل البلد الذى وقعت فيه الرؤية الا

(٧) قوله الا أن يكون لعل صوابه يشبه ألا يكون فتأمل اهـ مصححه

أن يكون الامام يحمل الناس على ذلك وبه قال ابن الماجشون والمغيرة من أصحاب مالك وأجمعوا انه لا يراعى ذلك فى البلدان النائية كالاندلس والحجاز والسبب فى هذا الخلاف تعارض الأثر والنظر اما النظر فهو ان البلاد اذا لم تختلف مطالعها كل الاختلاف فيجب أن يحمل بعضها على بعض لانها فى قياس الافق الواحد واما اذا اختلف اختلافا كثيرا فليس يجب أن يحمل بعضها على بعض وأما الاثر فما رواه مسلم عن كريب ان أم الفضل بنت الحرث بعثته الى معاوية بالشام فقال قدمت الشام فقضيت حاجتها واستهل على رمضان وأنا بالشام فرأيت الهلال ليلة الجمعة ثم قدمت المدينة فى آخر الشهر فسألنى عبد الله بن عباس ثم ذكر الهلال فقال متى رأيتم الهلال فقلت رأيته ليلة الجمعة فقال أنت رأيته فقلت نعم ورآه الناس وصاموا وصام معاوية قال لكنا رأيناه ليلة السبت فلا نزال نصوم حتى نكمل ثلاثين يوما أو نراه فقلت ألا تكتفى برؤية معاوية فقال لا هكذا أمرنا النبى عليه الصلاة والسلام فظاهر هذا الاثر يقتضى ان لكل بلد رؤيته قرب او بعد والنظر يعطى الفرق بين البلاد النائية والقريبة وبخاصة ما كان نأيه فى الطول والعرض كثيرا واذا بلغ الخبر مبلغ التواتر لم يحتج فيه الى شهادة فهذه هى المسائل التى تتعلق بزمان الوجوب واما التى تتعلق بزمان الامساك فانهم اتفقوا على ان آخره غيبوبة الشمس لقوله تعالى (ثم أتموا الصيام الى الليل) واختلفوا فى اوله فقال الجمهور هو طلوع الفجر الثانى المستطير الابيض لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم اعنى حده بالمستطير ولظاهر قوله تعالى (حتى يتبين لكم الخيط الابيض) الآية وشذت فرقة فقالوا هو الفجر الاحمر الذى يكون بعد الأبيض وهو نظير الشفق الاحمر وهو مروى عن حذيفة وابن مسعود وسبب هذا الخلاف هو اختلاف الآثار فى ذلك واشتراك اسم الفجر اعنى انه يقال على الابيض والاحمر واما الآثار التى احتجوا بها فمنها حديث زر عن حذيفة قال تسحرت مع النبى صلى الله عليه وسلم ولو أشاء ان اقول هو النهار الا ان الشمس لم تطلع وخرج ابو داود عن قيس بن طلق عن أبيه انه عليه الصلاة والسلام قال كلوا واشربوا ولا يهيدنكم (٧) الساطع المصعد فكلوا واشربوا حتى يعترض لكم

(٧) هكذا بالنسخة المصرية وبالنسخة المغربية ولا يهمزنكم فتأمل

الاحمر قال أبو داود وهذا ماتفرد به أهل اليمامة وهذا شذوذ فان قوله تعالى (حتى يتبين لكم الخيط الابيض) نص فى ذلك أو كالنص والذين رأوا انه الفجر الابيض المستطير وهم الجمهور والمعتمد اختلفوا فى الحد المحرم للاكل فقال قوم هو طلوع الفجر نفسه وقال قوم هو تبينه عند الناظر اليه ومن لم يتبينه فالاكل مباح له حتى يتبينه وان كان قد طلع وفائدة الفرق انه اذا انكشف ان ماظن من انه لم يطلع كان قد طلع فمن كان الحد عنده هو الطلوع نفسه أوجب عليه القضاء ومن قال هو العلم الحاصل به لم يوجب عليه قضاء وسبب الاختلاف فى ذلك الاحتمال الذى فى قوله تعالى وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر هل على الامساك بالتبيين نفسه أو بالشئ المتبين لان العرب تتجوز فتستعمل لاحق الشئ بدل الشئ على وجه الاستعارة فكأنه قال تعالى (وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود). لانه اذا تبين فى نفسه تبين لنا فاذا اضافة التبيين لنا هي التى أوقعت الخلاف لانه قد يتبين فى نفسه و يتميز ولا يتبين لنا وظاهر اللفظ يوجب تعلق الامساك بالعلم والقياس يوجب تعلقه بالطلوع نفسه أعنى قياسا على الغروب وعلى سائر حدود الأوقات الشرعية كالزوال وغيره فان الاعتبار فى جميعها فى الشرع هو بالأمر نفسه لا بالعلم المتعلق به والمشهور عن مالك وعليه الجمهور ان الأكل يجوز ان يتصل بالطلوع وقيل بل يجب الامساك قبل الطلوع والحجة للقول الاول مافى كتاب البخارى أظنه فى بعض رواياته قال النبى صلى الله عليه وسلم وكلوا واشربوا حتى ينادى ابن أم مكتوم فانه لا ينادى حتى يطلع الفجر وهو نص فى موضع الخلاف أو كالنص والموافق لظاهر قوله تعالى وكلوا واشربوا الآية ومن ذهب الى انه يجب الامساك قبل الفجر فجريا على الاحتياط وسدا للذريعة وهو أورع القولين والاول أقيس والله أعلم .

﴿ الركن الثانى وهو الامساك ﴾

وأجمعوا على انه يجب على الصائم الامساك زمان الصوم عن المطعوم والمشروب والجماع لقوله تعالى (فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر) واختلفوا من ذلك فى مسائل

منها مسكوت عنها ومنها منطوق بها أما المسكوت عنها احداها فيما يرد الجوف مما ليس بمغذ وفيما يرد الجوف من غير منفذ الطعام والشراب مثل الحقنة وفيما يرد باطن سائر الاعضاء ولا يرد الجوف مثل أن يرد الدماغ ولا يرد المعدة وسبب اختلافهم فى هذه هو قياس المغذى على غير المغذى وذلك ان المنطوق به انما هو المغذى فمن رأى ان المقصود بالصوم معنى معقول لم يلحق المغذى بغير المغذى ومن رأى انها عبادة غير معقولة وان المقصود منها انما هو الامساك فقط عما يرد الجوف سوى بين المغذى وغير المغذى وتحصيل مذهب مالك أنه يجب الامساك عما يصل الى الحلق من أى المنافذ وصل مغذيا كان أو غير مغذ وأما ماعدا المأكول والمشروب من المفطرات فكلهم يقولون ان من قبل فأمنى فقد أفطر وان أمذى فلم يفطر الا مالك واختلفوا فى القبلة للصائم فمنهم من أجازها ومنهم من كرهها للشاب وأجازها للشيخ ومنهم من كرهها على الاطلاق فمن رخص فيها فلما روى من حديث عائشة وأم سلمة أن النبى عليه الصلاة والسلام كان يقبل وهو صائم ومن كرهها فلما يدعو اليه من الوقاع وشذ قوم فقالوا القبلة تفطر واحتجوا لذلك بما روى عن ميمونة بنت سعد قالت سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال أفطرا جميعا خرج هذا الأثر الطحاوى ولكن ضعفه وأما مايقع من هذه من قبل الغلبة ومن قبل النسيان فالكلام فيه عند الكلام فى المفطرات وأحكامها وأما ما اختلفوا فيه مما هو منطوق به فالحجامة والقىء أما الحجامة فان فيها ثلاثة مذاهب قوم قالوا انها تفطر وان الامساك عنها واجب وبه قال أحمد وداود والاوزاعى واسحق بن راهويه وقوم قالوا انها مكروهة للصائم وليست تفطر وبه قال مالك والشافعى والثورى وقوم قالوا انها غير مكروهة ولا مفطرة وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وسبب اختلافهم تعارض الآثار الواردة فى ذلك وذلك أنه ورد فى ذلك حديثان أحدهما ماروى من طريق ثوبان ومن طريق رافع بن خديج أنه عليه الصلاة والسلام قال أفطر الحاجم والمحجوم وحديث ثوبان هذا كان يصححه أحمد والحديث الثانى حديث عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجم وهو صائم وحديث ابن عباس هذا صحيح فذهب العلماء فى هذين الحديثين ثلاثة مذاهب أحدها مذهب الترجيح

والثانى مذهب الجمع والثالث مذهب الاسقاط عند التعارض والرجوع الى البراءة الاصلية اذا لم يعلم الناسخ من المنسوخ فمن ذهب مذهب الترجيح قال بحديث ثوبان وذلك ان هذا موجب حكما وحديث ابن عباس رافعه والموجب مرجح عند كثير من العلماء على الرافع لأن الحكم اذا ثبت بطريق يوجب العمل لم يرتفع الا بطريق يوجب العمل برفعه وحديث ثوبان قد وجب العمل به وحديث ابن عباس يحتمل أن يكون ناسخا ويحتمل أن يكون منسوخا وذلك شك والشك لا يوجب عملا ولا يرفع العلم الموجب للعمل وهذا على طريقة من لا يرى الشك مؤثرا فى العلم ومن رام الجمع بينهما حمل حديث النهى على الكراهية وحديث الاحتجام على رفع الحظر ومن أسقطهما للتعارض قال باباحة الاحتجام للصائم وأما القيء فان جمهور الفقهاء على أن من ذرعه القيء فليس بمفطر الا ربيعة فانه قال انه مفطر وجمهورهم أيضا على أن من استقاء فقاء فانه مفطر الا طاوس وسبب اختلافهم ما يتوهم من التعارض بين الاحاديث الواردة فى هذه المسئلة واختلافهم أيضا فى تصحيحها وذلك أنه ورد فى هذا الباب حديثان أحدهما حديث أبى الدرداء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قاء فأفطر قال معدان فلقيت ثوبان فى مسجد دمشق فقلت له ان أبا الدرداء حدثنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قاء فأفطر فقال صدق أنا صببت له وضوأه وحديث ثوبان هذا صححه الترمذى والآخر حديث أبى هريرة خرجه الترمذى وأبو داود أيضا أن النبى عليه الصلاة والسلام قال من ذرعه القيء وهو صائم فليس عليه قضاء وان استقاء فعليه القضاء وروى موقوفا على ابن عمر فمن لم يصح عنده الأثر ان كلاهما قال ليس فيه فطر أصلا ومن أخذ بظاهر حديث ثوبان ورجحه على حديث أبى هريرة أوجب الفطر من القيء باطلاق ولم يفرق بين أن يستقيء أو لا يستقيء ومن جمع بين الحديثين وقال حديث ثوبان مجمل وحديث أبى هريرة مفسر والواجب حمل المجمل على المفسر فرق بين القيء والاستقاءة وهو الذى عليه الجمهور

﴿ الركن الثالث وهو النية ﴾

والنظر فى النية فى مواضع منها هل هى شرط فى صحة هذه العبادة أم ليست بشرط وان كانت شرطا فما الذى يجزى من تعيينها وهل يجب تجديدها فى كل يوم من أيام رمضان

أم يكفى فى ذلك النية الواقعة فى اليوم الاول واذا أوقعها المكلف فأى وقت اذا وقعت فيه صح الصوم واذا لم تقع فيه بطل الصوم وهل رفض النية يوجب الفطر وان لم يفطر وكل هذه المطالب قد اختلف الفقهاء فيها أما كون النية شرطا فى صحة الصيام فانه قول الجمهور وشذ زفر فقال لا يحتاج رمضان الى نية الا أن يكون الذى يدركه صيام شهر رمضان مريضا أو مسافرا فيريد الصوم والسبب فى اختلافهم الاحتمال المتطرق الى الصوم هل هو عبادة معقولة المعنى أو غير معقولة المعنى فمن رأى أنها غير معقولة المعنى أوجب النية ومن رأى أنها معقولة المعنى قال قد حصل المعنى اذا صام وان لم ينو لكن تخصيص زفر رمضان بذلك من بين أنواع الصوم فيه ضعف وكأنه لما رأى أن أيام رمضان لا يجوز فيها الفطر رأى ان كل صوم يقع فيها ينقلب صوما شرعيا وان هذا شئ يخص هذه الأيام وأما اختلافهم فى تعيين النية المجزية فى ذلك فان مالكا قال لا بد فى ذلك من تعيين صوم رمضان ولا يكفيه اعتقاد الصوم مطلقا ولا اعتقاد صوم معين غير صوم رمضان وقال أبو حنيفة ان اعتقد مطلق الصوم أجزأه وكذلك ان نوى فيه صيام غير رمضان أجزأه وانقلب الى صيام رمضان الا أن يكون مسافرا فانه اذا نوى المسافر عنده فى رمضان صيام غير رمضان كان ما نوى لأنه لم يجب عليه صوم رمضان وجوبا معينا ولم يفرق صاحباه بين المسافر والحاضر وقالا كل صوم نوى فى رمضان انقلب الى رمضان وسبب اختلافهم هل الكافى فى تعيين النية فى هذه العبادة هو تعيين جنس العبادة أو تعيين شخصها وذلك ان كلا الأمرين موجود فى الشرع مثال ذلك ان النية فى الوضوء يكفى منها اعتقاد رفع الحدث لأى شئ كان من العبادات التى الوضوء شرط فى صحتها وليس يختص عبادة عبادة بوضوء وضوء وأما الصلاة فلا بد فيها من تعيين شخص العبادة فلا بد من تعيين الصلاة ان عصرا فعصرا وان ظهرا فظهرا وهذا كله على المشهور عند العلماء فتردد الصوم عند هؤلاء بين هذين الجنسين فمن ألحقه بالجنس الواحد قال يكفى فى ذلك اعتقاد الصوم فقط ومن ألحقه بالجنس الثانى اشترط تعيين الصوم واختلافهم أيضا فى اذا نوى فى أيام رمضان صوما آخر هل ينقلب أولا ينقلب سببه أيضا ان من العبادة عندهم ما ينقلب من قبل ان الوقت الذى توقع فيه مختص بالعبادة التى تنقلب اليه ومنها ما ليس ينقلب أما التى لا تنقلب

فأ كثرها وأما التى تنقلب باتفاق فالحج وذلك انهم قالوا اذا ابتدأ الحج تطوعا من وجب عليه الحج انقلب التطوع الى الفرض ولم يقولوا ذلك فى الصلاة ولا فى غيرها فمن شبه الصوم بالحج قال ينقلب ومن شبهه بغيره من العبادات قال لا ينقلب وأما اختلافهم فى وقت النية فان مالكا رأى انه لا يجزى الصيام الا بنية قبل الفجر وذلك فى جميع أنواع الصوم وقال الشافعى تجزى النية بعد الفجر فى النافلة ولا تجزى فى الفروض وقال أبو حنيفة تجزى النية بعد الفجر فى الصيام المتعلق وجوبه بوقت معين مثل رمضان ونذر أيام محدودة وكذلك فى النافلة ولا يجزى فى الواجب فى الذمة والسبب فى اختلافهم تعارض الاثر فى ذلك أما الآثار المتعارضة فى ذلك فأحدها ماخرجه البخارى عن حفصة أنه قال عليه الصلاة والسلام من لم يبيت الصيام من الليل فلا صيام له ورواه مالك موقوفا قال أبو عمر حديث حفصة فى اسناده اضطراب والثانى مارواه مسلم عن عائشة قالت قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم عائشة هل عندكم شئ قالت قلت يارسول الله ماعندنا شئ قال فانى صائم ولحديث معاوية أنه قال على المنبر ياأهل المدينة أين علماؤكم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اليوم هذا يوم عاشوراء ولم يكتب علينا صيامه وأنا صائم فمن شاء منكم فليصم ومن شاء فليفطر فمن ذهب مذهب الترجيح أخذ بحديث حفصة ومن ذهب مذهب الجمع فرق بين النفل والفرض أعنى حمل حديث حفصة على الفرض وحديث عائشة ومعاوية على النفل وانما فرق أبو حنيفة بين الواجب المعين والواجب فى الذمة لان الواجب المعين له وقت مخصوص يقوم مقام النية فى التعيين والذى فى الذمة ليس له وقت مخصوص فوجب ان التعيين بالنية وجمهور الفقهاء على أنه ليس الطهارة من الجنابة شرطا فى صحة الصوم لما ثبت من حديث عائشة وأم سلمة زوجى النبى صلى الله عليه وسلم أنهما قالتا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصبح جنبا من جماع غير احتلام فى رمضان ثم يصوم ومن الحجة لهم الاجماع على أن الاحتلام بالنهار لا يفسد الصوم وروى عن ابراهيم النخعى وعروة بن الزبير وطاوس أنه ان تعمد ذلك أفسد صومه وسبب اختلافهم ماروى عن أبى هريرة أنه كان يقول من أصبح جنبا فى رمضان أفطر وروى عنه أنه قال ما أنا قلته محمد صلى الله عليه وسلم قاله ورب الكعبة

وذهب ابن الماجشون من أصحاب مالك ان الحائض اذا طهرت قبل الفجر فأخرت الغسل ان يومها يوم فطر وأقاويل هؤلاء شاذة ومردودة بالسنن المشهورة الثابتة

﴿ القسم الثانى من الصوم المفروض ﴾

وهو الكلام فى الفطر وأحكامه والمفطرون فى الشرع على ثلاثة أقسام صنف يجوز له الفطر والصوم باجماع وصنف يجب عليه الفطر على اختلاف فى ذلك بين المسلمين وصنف لا يجوز له الفطر وكل واحد من هؤلاء تتعلق به أحكام أما الذين يجوز لهم الامران فالمريض باتفاق والمسافر باختلاف والحامل والمرضع والشيخ الكبير وهذا التقسيم كله مجمع عليه فاما المسافر فالنظر فيه فى مواضع منها هل ان صام أجزأه صومه أم ليس يجزيه وهل ان كان يجزى المسافر صومه الأفضل له الصوم أو الفطر أو هو مخير بينهما وهل الفطر الجائز له هو فى سفر محدود أم فى كل ما ينطلق عليه اسم السفر فى وضع اللغة ومتى يفطر المسافر ومتى يمسك وهل اذا مر بعض الشهر له أن ينشئ السفر أم لا ثم اذا أفطر ما حكمه وأما المريض فالنظر فيه أيضا فى تحديد المرض الذى يجوز له فيه الفطر وفى حكم الفطر

﴿ أما المسئلة الأولى ﴾ وهى ان صام المريض والمسافر هل يجزيه صومه عن فرضه أم لا فانهم اختلفوا فى ذلك فذهب الجمهور الى انه ان صام وقع صيامه وأجزأه وذهب أهل الظاهر الى انه لا يجزيه وان فرضه هو أيام أخر * والسبب فى اختلافهم تردد قوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر بين أن يحمل على الحقيقة فلا يكون هنالك محذوف أصلا أو يحمل على المجاز فيكون التقدير فافطر فعدة من أيام أخر وهذا الحذف فى الكلام هو الذى يعرفه أهل صناعة الكلام بلحن الخطاب فمن حمل الآية على الحقيقة ولم يحملها على المجاز قال ان فرض المسافر عدة من أيام أخر لقوله تعالى فعدة من أيام أخر ومن قدر فافطر قال انما فرضه عدة من أيام أخر اذا أفطر وكلا الفريقين يرجح تأويله بالآثار الشاهدة لكلا المفهومين وان كان الاصل هو أن يحمل الشئ على الحقيقة حتى يدل الدليل على حمله على المجاز أما الجمهور فيحتجون لمذهبهم بما ثبت من حديث أنس قال سافرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى رمضان فلم يعب الصائم على المفطر ولا المفطر على الصائم وبما ثبت

عنه أيضا انه قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يسافرون فيصوم بعضهم ويفطر بعضهم وأهل الظاهر يحتجون لمذهبهم بما ثبت عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى مكة عام الفتح فى رمضان فصام حتى بلغ الكديد ثم أفطر فافطر الناس وكانوا يأخذون بالاحدث فالاحدث من أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا وهذا يدل على نسخ الصوم قال أبو عمر والحجة على أهل الظاهر اجماعهم على أن المريض اذا صام أجزأه صومه

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهى هل الصوم أفضل أو الفطر اذا قلنا انه من أهل الفطر على مذهب الجمهور فانهم اختلفوا فى ذلك على ثلاثة مذاهب فبعضهم رأى الصوم أفضل وممن قال بهذا القول مالك وأبو حنيفة وبعضهم رأى أن الفطر أفضل وممن قال بهذا القول أحمد وجماعة وبعضهم رأى أن ذلك على التخيير وانه ليس أحدهما أفضل * والسبب فى اختلافهم معارضة المفهوم من ذلك الظاهر بعض المنقول ومعارضة المنقول بعضه لبعض وذلك أن المعنى المعقول من اجازة الفطر للصائم انما هو الرخصة له لمكان رفع المشقة عنه وما كان رخصة فالافضل ترك الرخصة ويشهد لهذا حديث حمزة بن عمرو الاسلمى خرجه مسلم أنه قال يا رسول الله أجد فى قوة على الصيام فى السفر فهل على من جناح فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هى رخصة من الله فمن أخذ بها فحسن ومن أحب أن يصوم فلا جناح عليه وأما ما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام ليس من البر أن تصوم فى السفر ومن أن آخر فعله عليه الصلاة والسلام كان الفطر فيوهم أن الفطر أفضل لكن الفطر لما كان ليس حكما وانما هو من فعل المباح عسر على الجمهور أن يضعوا المباح أفضل من الحكم وأما من خير فى ذلك فلمكان حديث عائشة قالت سأل حمزة بن عمرو الاسلمى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصيام فى السفر فقال ان شئت فصم وان شئت فأفطر خرجه مسلم

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهى هل الفطر الجائز للمسافر هو فى سفر محدود أو فى سفر غير محدود فان العلماء اختلفوا فيها فذهب الجمهور الى انه انما يفطر فى السفر الذى تقصر فيه الصلاة وذلك على حسب اختلافهم فى هذه المسئلة وذهب قوم الى انه يفطر فى كل ما ينطلق عليه اسم سفر وهم أهل الظاهر * والسبب فى اختلافهم

معارضة ظاهر اللفظ للمعنى وذلك أن ظاهر اللفظ ان كل من ينطلق عليه اسم مسافر فله أن يفطر لقوله تعالى (فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر) وأما المعنى المعقول من اجازة الفطر فى السفر فهو المشقة ولما كانت لا توجد فى كل سفر وجب أن يجوز الفطر فى السفر الذى فيه المشقة ولما كان الصحابة كأنهم مجمعون على الحد فى ذلك وجب أن يقاس ذلك على الحد فى تقصير الصلاة وأما المرض الذى يجوز فيه الفطر فانهم اختلفوا فيه أيضا فذهب قوم الى انه المرض الذى يلحق من الصوم فيه مشقة وضرورة وبه قال مالك وذهب قوم الى انه المرض الغالب وبه قال أحمد وقال قوم اذا انطلق عليه اسم المريض أفطر * وسبب اختلافهم هو بعينه سبب اختلافهم فى حد السفر

﴿وأما المسئلة الخامسة﴾ وهى متى يفطر المسافر ومتى يمسك فان قوما قالوا يفطر يومه الذى خرج فيه مسافرا وبه قال الشعبى والحسن وأحمد وقالت طائفة لا يفطر يومه ذلك وبه قال فقهاء الامصار واستحب جماعة العلماء لمن علم انه يدخل المدينة أول يومه ذلك أن يدخل صائما وبعضهم فى ذلك أكثر تشديدا من بعض وكلهم لم يوجبوا على من دخل مفطرا كفارة واختلفوا فيمن دخل وقد ذهب بعض النهار فذهب مالك والشافعى الى انه يتمادى على فطره وقال أبو حنيفة وأصحابه يكف عن الاكل وكذلك الحائض عنده تطهر تكف عن الاكل والسبب فى اختلافهم فى الوقت الذى يفطر فيه المسافر هو معارضة الاثر للنظر أما الاثر فانه ثبت من حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صام حتى بلغ الكديد ثم أفطر وأفطر الناس معه وظاهر هذا انه أفطر بعد أن بيت الصوم وأما الناس فلا يشك انهم أفطروا بعد تبييتهم الصوم وفى هذا المعنى أيضا حديث جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج عام الفتح الى مكة فصار حتى بلغ كراع الغميم وصام الناس ثم دعا بقدح من ماء فرفعه حتى نظر الناس اليه ثم شرب فقيل له بعد ذلك ان بعض الناس قد صام فقال أولئك العصاة أولئك العصاة وخرج أبو داود عن أبى نضرة الغفارى انه لما تجاوز البيوت دعا بالسفرة قال جعفر راوى الحديث فقلت ألست تؤم البيوت فقال أترغب عن سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال جعفر فأكل وأما النظر فلما كان المسافر

لا يجوز له الا أن يبيت الصوم ليلة سفره لم يجز له أن يبطل صومه وقد بينه لقوله تعالى ولا تبطلوا أعمالكم وأما اختلافهم في امساك الداخل في أثناء النهار عن الاكل أو لا امساكه فالسبب فيه اختلافهم في تشبيه من يطرأ عليه في يوم شك أفطر فيه الثبوت انه من رمضان فمن شبهه به قال يمسك عن الاكل ومن لم يشبهه به قال لا يمسك عن الاكل لان الاول أكل لموضع الجهل وهذا أكل لسبب مبيح أو موجب للاكل والحنفية تقول كلاهما سببان موجبان للامساك عن الاكل بعد اباحة الاكل

﴿وأما المسئلة السادسة﴾ وهي هل يجوز للصائم في رمضان أن ينشئ سفرا ثم لا يصوم فيه فان الجمهور على انه يجوز ذلك له وروى عن بعضهم وهو عبيدة السلماني وسويد ابن غفلة وابن مجلز انه ان سافر فيه صام ولم يجيزوا له الفطر * والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى (فمن شهد منكم الشهر فليصمه) وذلك انه يحتمل أن يفهم منه ان من شهد بعض الشهر فالواجب عليه أن يصومه كله ويحتمل أن يفهم منه ان من شهد ان الواجب أن يصوم ذلك البعض الذي شهده وذلك انه لما كان المفهوم باتفاق ان من شهده كله فهو يصومه كله كان من شهد بعضه فهو يصوم بعضه ويؤيد تأويل الجمهور انشاء رسول الله صلى الله عليه وسلم السفر في رمضان وأما حكم المسافر اذا أفطر فهو القضاء باتفاق وكذلك المريض لقوله تعالى (فعدة من أيام أخر) ماعدا المريض باغماء أو جنون فانهم اختلفوا في وجوب القضاء عليه وفقهاء الامصار على وجوبه على المغمى عليه واختلفوا في المجنون ومذهب مالك وجوب القضاء عليه وفيه ضعف لقوله عليه الصلاة والسلام وعن المجنون حتى يفيق والذين أوجبوا عليهما القضاء اختلفوا في كون الاغماء والجنون مفسدا للصوم فقوم قالوا انه مفسد وقوم قالوا ليس بمفسد وقوم فرقوا بين أن يكون أغمي عليه بعد الفجر أو قبل الفجر وقوم قالوا ان أغمي عليه بعد مضي أكثر النهار أجزأه وان أغمي عليه في أول النهار قضى وهو مذهب مالك وهذا كله فيه ضعف فان الاغماء والجنون صفة يرتفع بها التكليف وبخاصة الجنون واذا ارتفع التكليف لم يوصف بمفطر ولا صائم فكيف يقال في الصفة التي ترفع التكليف انها مبطلة للصوم الا كما يقال في الميت أو فيمن لا يصح منه العمل انه قد بطل صومه وعمله ويتعلق بقضاء المسافر والمريض

مسائل منها هل يقضيان ما عليهما متتابعا أم لا ومنها ماذا عليهما اذا أخرا القضاء بغير عذر الى أن يدخل رمضان آخر ومنها اذا ماتا ولم يقضيا هل يصوم عنهما وليهما أو لا يصوم

﴿أما المسئلة الأولى﴾ فان بعضهم أوجب ان يكون القضاء متتابعا على صفة الاداء وبعضهم لم يوجب ذلك وهؤلاء منهم من خير ومنهم من استحب التتابع والجماعة على ترك ايجاب التتابع * وسبب اختلافهم تعارض ظواهر اللفظ والقياس وذلك أن القياس يقتضي ان يكون الاداء على صفة القضاء أصل ذلك الصلاة والحج وأما ظاهر قوله تعالى فعدة من أيام أخر فانما يقتضي ايجاب العدد فقط لا ايجاب التتابع وروى عن عائشة انها قالت نزلت فعدة من أيام أخر متتابعات فسقط متتابعات وأما اذا أخر القضاء حتى دخل رمضان آخر فقال قوم يجب عليه بعد صيام رمضان الداخل القضاء والكفارة وبه قال مالك والشافعي وأحمد وقال قوم لا كفارة عليه وبه قال الحسن البصري وابراهيم النخعي * وسبب اختلافهم هل تقاس الكفارات بعضها على بعض أم لا فمن لم يجز القياس في الكفارات قال انما عليه القضاء فقط ومن أجاز القياس في الكفارات قال عليه كفارة قياسا على من أفطر متعمدا لان كليهما مستهين بحرمة الصوم أما هذا فبترك القضاء زمان القضاء وأما ذاك فبالاكل في يوم لا يجوز فيه الاكل وانما كان يكون القياس مستندا لو ثبت أن للقضاء زمانا محدودا بنص من الشارع لان أزمنة الاداء هي المحدودة في الشرع وقد شذ قوم فقالوا اذا اتصل مرض المريض حتى يدخل رمضان آخر انه لا قضاء عليه وهذا مخالف للنص وأما اذا مات وعليه صوم فان قوما قالوا لا يصوم أحد عن أحد وقوم قالوا يصوم عنه وليه والذين لم يوجبوا الصوم قالوا يطعم عنه وليه وبه قال الشافعي وقال بعضهم لا صيام ولا اطعام الا أن يوصي به وهو قول مالك وقال أبو حنيفة يصوم فان لم يستطع أطعم وفرق قوم بين النذر والصيام المفروض فقالوا يصوم عنه وليه في النذر ولا يصوم في الصيام المفروض * والسبب في اختلافهم معارضة القياس للاثر وذلك انه ثبت عنه من حديث عائشة أنه قال عليه السلام من مات وعليه صيام صام عنه وليه خرجه مسلم وثبت عنه أيضا من حديث ابن عباس أنه قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم

فقال يارسول الله ان أمي ماتت وعليها صوم شهر أفأقضيه عنها فقال لو كان على أمك دين أكنت قاضيه عنها قال نعم قال فدين الله أحق بالقضاء فمن رأى أن الاصول تعارضه وذلك انه كما انه لا يصلي أحد عن أحد ولا يتوضأ أحد عن أحد كذلك لا يصوم أحد عن أحد قال لا صيام على الولي ومن أخذ بالنص في ذلك قال بايجاب الصيام عليه ومن لم يأخذ بالنص في ذلك قصر الوجوب على النذر ومن قاس رمضان عليه قال يصوم عنه في رمضان وأما من أوجب الاطعام فصيرا الى قراءة من قرأ وعلى الذين يطوقونه فدية الآية ومن خير في ذلك فجمعا بين الآية والاثر فهذه هي أحكام المسافر والمريض من الصنف الذين يجوز لهم الفطر والصوم وأما باقي هذا الصنف وهو المرضع والحامل والشيخ الكبير فان فيه مسئلتين مشهورتين احداهما الحامل والمرضع اذا أفطرتا ماذا عليهما وهذه المسئلة للعلماء فيها أربعة مذاهب أحدها انهما يطعمان ولا قضاء عليهما وهو مروي عن ابن عمر وابن عباس والقول الثاني انهما يقضيان فقط ولا اطعام عليهما وهو مقابل الاول وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وأبو عبيد وأبو ثور والثالث انهما يقضيان ويطعمان وبه قال الشافعي والقول الرابع ان الحامل تقضي ولا تطعم والمرضع تقضي وتطعم * وسبب اختلافهم تردد شبههما بين الذي يجهده الصوم وبين المريض فمن شبههما بالمريض قال عليهما القضاء فقط ومن شبههما بالذي يجهده الصوم قال عليهما الاطعام فقط بدليل قراءة من قرأ وعلى الذين يطوقونه فدية طعام مساكين الآية وأما من جمع عليهما الامرين فيشبه أن يكون رأى فيهما من كل واحد شبها فقال عليهما القضاء من جهة ما فيهما من شبه المريض وعليهما الفدية من جهة ما فيهما من شبه الذين يجهدهم الصيام ويشبه أن يكون شبههما بالمفطر الصحيح لكن يضعف هذا فان الصحيح لا يباح له الفطر ومن فرق بين الحامل والمرضع ألحق الحامل بالمريض وأبقى حكم المرضع مجموعا من حكم المريض وحكم الذي يجهده الصوم أو شبهها بالصحيح ومن أفردهما أحد الحكمين أولى والله أعلم ممن جمع كما ان من أفردهما بالقضاء أولى ممن أفردهما بالاطعام فقط لكن القراءة غير متواترة فتأمل هذا فانه بين * وأما الشيخ الكبير والعجوز اللذان لا يقدران على الصيام فانهم أجمعوا على أن لهما أن يفطرا واختلفوا فيما عليهما اذا أفطرا

فقال قوم عليهما (٧) وقال قوم ليس عليهما اطعام و بالاول قال الشافعى وأبو حنيفة وبالثانى قال مالك الا انه استحبه وأكثر من رأى الاطعام عليهما يقول مد عن كل يوم وقيل ان حفن حفنات كما كان أنس يصنع أجزأه * وسبب اختلافهم اختلافهم فى القراءة التى ذكرنا أعنى قراءة من قرأ وعلى الذين يطوقونه فمن أوجب العمل بالقراءة التى لم تثبت فى المصحف اذا وردت من طريق الآحاد العدول قال الشيخ منهم ومن لم يوجب بها عملا جعل حكمه حكم المريض الذى يتمادى به المرض حتى يموت فهذه هى أحكام الصنف من الناس الذين يجوز لهم الفطر أعنى أحكامهم المشهورة التى أكثرها منطوق به أولها تعلق بالمنطوق به فى الصنف الذى يجوز له الفطر * وأما النظر فى أحكام الصنف الذى لا يجوز له الفطر اذا أفطر فان النظر فى ذلك يتوجه الى من يفطر بجماع والى من يفطر بغير جماع والى من يفطر بأمر متفق عليه والى من يفطر بأمر مختلف فيه أعنى بشبهة أو بغير شبهة وكل واحد من هذين اما أن يكون على طريق السهو وطريق العمد أوطريق الاختيار أوطريق الاكراه أما من أفطر بجماع متعمدا فى رمضان فان الجمهور على ان الواجب عليه القضاء والكفارة لما ثبت من حديث أبى هريرة انه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هلكت يارسول الله قال وما أهلكك قال وقعت على امرأتى فى رمضان قال هل تجد ما تعتق به رقبة قال لا قال فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين قال لا قال فهل تجد ما تطعم به ستين مسكينا قال لا ثم جلس فأتى النبى صلى الله عليه وسلم بفرق فيه تمر فقال تصدق بهذا فقال أعلى أفقر منى فما بين لابتيها أهل بيت أحوج اليه منا قال فضحك النبى صلى الله عليه وسلم حتى بدت أنيابه ثم قال اذهب فأطعمه أهلك واختلفوا من ذلك فى مواضع منها هل الافطار متعمدا بالاكل والشرب حكمه حكم الافطار بالجماع فى القضاء والكفارة أم لا ومنها اذا جامع ساهيا ماذا عليه ومنها ماذا على المرأة اذا لم تكن مكرهة ومنها هل الكفارة الواجبة فيه مترتبة أو على التخيير ومنها كم المقدار الذى يجب ان يعطى كل مسكين اذا كفر بالاطعام ومنها هل الكفارة متكررة بتكرر الجماع أم لا ومنها اذا لزمه الاطعام وكان معسرا هل

(٧) هكذا هو بالنسخ ولعل فيه سقط لفظ اطعام تأمل اه مصححه

يلزمه الاطعام اذا أثرى ام لا وشذ قوم فلم يوجبوا على المفطر عمدا بالجماع الا القضاء فقط اما لانه لم يبلغهم هذا الحديث واما لانه لم يكن الامر عزمة فى هذا الحديث لانه لو كان عزمة لوجب اذا لم يستطع الاعتاق أو الاطعام ان يصوم ولا بد اذا كان صحيحا على ظاهر الحديث وأيضا لو كان عزمة لأعلمه عليه السلام انه اذا صح انه يجب عليه الصيام ان لو كان مريضا وكذلك شذ قوم أيضا فقالوا ليس عليه الا الكفارة فقط اذ ليس فى الحديث ذكر القضاء والقضاء الواجب بالكتاب انما هو لمن أفطر ممن يجوز له الفطر أو ممن لا يجوز له الصوم على الاختلاف الذى قررناه قبل فى ذلك فامامن أفطر متعمدا فليس فى ايجاب القضاء عليه نص فيلحق فى قضاء المتعمد الخلاف الذى لحق فى قضاء تارك الصلاة عمدا حتى خرج وقتها الا ان الخلاف فى هاتين المسئلتين شاذ وأما الخلاف المشهور فهو فى المسائل التى عددناها قبل

﴿ أما المسئلة الاولى ﴾ وهى هل تجب الكفارة بالافطار بالاكل والشرب متعمدا فان مالكا وأصحابه وأباحنيفة واصحابه والثورى وجماعة ذهبوا الى ان من أفطر متعمدا بأكل أو شرب ان عليه القضاء والكفارة المذكورة فى هذا الحديث وذهب الشافعى واحمد وأهل الظاهر الى ان الكفارة انما تلزم فى الافطار من الجماع فقط والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى جواز قياس المفطر بالاكل والشرب على المفطر بالجماع فمن رأى ان شبههما فيه واحد وهو انتهاك حرمة الصوم جعل حكمهما واحدا ومن رأى انه وان كانت الكفارة عقابا لانتهاك الحرمة فانها أشد مناسبة للجماع منها لغيره وذلك ان العقاب المقصود به الردع والعقاب الاكبر قد يوضع لما اليه النفس أميل وهو لها أغلب من الجنايات وان كانت الجناية متقاربة اذ كان المقصود من ذلك التزام الناس الشرائع وان يكونوا أخيارا عدولا كما قال تعالى كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون قال هذه الكفارة المغلظة خاصة بالجماع وهذا اذا كان ممن يرى القياس وأمامن لا يرى القياس فامره بين انه ليس يعدى حكم الجماع الى الاكل والشرب وأماماروى مالك فى الموطأ ان رجلا أفطر فى رمضان فأمره النبى عليه الصلاة والسلام بالكفارة المذكورة فليس بحجة لان قول الراوى فافطر هو مجمل والمجمل ليس له عموم فيؤخذ به لكن هذا قول على ان

الراوى كان يرى ان الكفارة كانت لموضع الافطار ولولا ذلك لما عبر بهذا اللفظ ولذكر النوع من الفطر الذى أفطر به

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهو اذا جامع ناسيا لصومه فان الشافعى وأبا حنيفة يقولان لا قضاء عليه ولا كفارة وقال مالك عليه القضاء دون الكفارة وقال أحمد وأهل الظاهر عليه القضاء والكفارة وسبب اختلافهم فى قضاء الناسى معارضة ظاهر الاثر فى ذلك للقياس أما القياس فهو تشبيه ناسى الصوم بناسى الصلاة فمن شبهه بناسى الصلاة أوجب عليه القضاء كوجوبه بالنص على ناسى الصلاة وأما الاثر المعارض بظاهره لهذا القياس فهو ما خرجه البخارى ومسلم عن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من نسى وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فانما أطعمه الله وسقاه وهذا الاثر يشهد له عموم قوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ومن هذا الباب اختلافهم فيمن ظن ان الشمس قد غربت فأفطر ثم ظهرت الشمس بعد ذلك هل عليه قضاء أم لا وذلك ان هذا مخطئ والمخطئ والناسى حكمهما واحد فكيفما قلنا فتأثير النسيان فى اسقاط القضاء بين والله اعلم وذلك انا ان قلنا ان الاصل هو ان لا يلزم الناسى قضاء حتى يدل الدليل على الزامه وجب ان يكون النسيان لا يوجب القضاء فى الصوم اذ لا دليل ههنا على ذلك بخلاف الامر فى الصلاة وان قلنا ان الاصل هو ايجاب القضاء حتى يدل الدليل على رفعه عن الناسى فقد دل الدليل فى حديث أبى هريرة على رفعه عن الناسى اللهم الا ان يقول قائل ان الدليل الذى استثنى ناسى الصوم من ناسى سائر العبادات التى رفع عن تاركها الحرج بالنص هو قياس الصوم على الصلاة لكن ايجاب القضاء بالقياس فيه ضعف وانما القضاء عند الاكثر واجب بأمر متجدد وأما من أوجب القضاء والكفارة على المجامع ناسيا فضعيف فان تأثير النسيان فى اسقاط العقوبات بين فى الشرع والكفارة من أنواع العقوبات وانما أصارهم الى ذلك أخذهم بمجمل الصفة المنقولة فى الحديث أعنى من انه لم يذكر فيه أنه فعل ذلك عمدا ولا نسيانا لكن من أوجب الكفارة على قاتل الصيد نسيانا لم يحفظ أصله فى هذا مع أن النص انما جاء فى المتعمد وقد كان يجب على أهل الظاهر أن يأخذوا بالمتفق عليه وهو ايجاب الكفارة

على العامد الى ان يدل الدليل على ايجابها على الناسي أو يأخذوا بعموم قوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان حتى يدل الدليل على التخصيص ولكن كلا الفريقين لم يلزم أصله وليس في مجمل ما نقل من حديث الاعرابي حجة ومن قال من أهل الاصول ان ترك التفصيل في اختلاف الاحوال من الشارع بمنزلة العموم في الاقوال فضعيف فان الشارع لم يحكم قط الا على مفصل وانما الاجمال في حقنا

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهو اختلافهم في وجوب الكفارة على المرأة اذا طاوعته على الجماع فان أبا حنيفة وأصحابه ومالكا وأصحابه أوجبوا عليها الكفارة وقال الشافعي وداود لا كفارة عليها وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الاثر للقياس وذلك انه عليه الصلاة والسلام لم يأمر المرأة في الحديث بكفارة والقياس انها مثل الرجل اذ كان كلاهما مكلفا

﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ وهي هل هذه الكفارة مرتبة ككفارة الظهار او على التخيير وأعني بالترتيب ان لا ينتقل المكلف الى واحد من الواجبات المخيرة الا بعد العجز عن الذي قبله وبالتخيير ان يفعل منها ما شاء ابتداء من غير عجز عن الآخر فانهم أيضا اختلفوا في ذلك فقال الشافعي وابو حنيفة والثوري وسائر الكوفيين هي مرتبة فالعتق أولا فان لم يجد فالصيام فان لم يستطع فالاطعام وقال مالك هي على التخيير وروى عنه ابن القاسم مع ذلك انه يستحب الاطعام أكثر من العتق ومن الصيام وسبب اختلافهم في وجوب الترتيب تعارض ظواهر الآثار في ذلك والاقيسة وذلك ان ظاهر حديث الاعرابي المتقدم يوجب انها على الترتيب اذ سأله النبي عليه الصلاة والسلام عن الاستطاعة عليها مرتبا وظاهر ما رواه مالك من ان رجلا أفطر في رمضان فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعتق رقبة أو يصوم شهرين متتابعين أو يطعم ستين مسكينا انها على التخيير اذ او انما يقتضي في لسان العرب التخيير وان كان ذلك من لفظ الراوي الصاحب اذ كانوا هم اقعد بمفهوم الاحوال ودلالات الأقوال واما الاقيسة المعارضة في ذلك فتشبيهها تارة بكفارة الظهار وتارة بكفارة اليمين لكنها أشبه بكفارة الظهار منها بكفارة اليمين وأخذ الترتيب من حكاية لفظ الراوي واما استحباب مالك الابتداء بالاطعام فمخالف لظواهر الآثار

وانما ذهب الى هذا من طريق القياس لأنه رأى الصيام قد وقع بدله الاطعام فى مواضع شتى من الشرع وانه مناسب له أكثر من غيره بدليل قراءة من قرأ وعلى الذين يطوقونه فدية طعام مساكين ولذلك استحب هو وجماعة من العلماء لمن مات وعليه صوم أن يكفر بالاطعام عنه وهذا كأنه من باب ترجيح القياس الذى تشهد له الأصول على الأثر الذى لا تشهد له الأصول

﴿وأما المسئلة الخامسة﴾ وهو اختلافهم فى مقدار الاطعام فان مالكا والشافعى وأصحابهما قالوا يطعم لكل مسكين مدا بمد النبى صلى الله عليه وسلم وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يجزى أقل من مدين بمد النبى صلى الله عليه وسلم وذلك نصف صاع لكل مسكين وسبب اختلافهم معارضة القياس للاثر أما القياس فتشبيه هذه الفدية بفدية الأذى المنصوص عليها وأما الأثر فما روى فى بعض طرق حديث الكفارة أن الفرق كان فيه خمسة عشر صاعا لكن ليس يدل كونه فيه خمسة عشر صاعا على الواجب من ذلك لكل مسكين الا دلالة ضعيفة وانما يدل على أن بدل الصيام فى هذه الكفارة هو هذا القدر

﴿وأما المسئلة السادسة﴾ وهى تكرر الكفارة بتكرر الافطار فانهم أجمعوا على أن من وطئ فى رمضان ثم كفر ثم وطئ فى يوم آخر أن عليه كفارة أخرى وأجمعوا على أنه من وطئ مرارا فى يوم واحد انه ليس عليه الا كفارة واحدة واختلفوا فيمن وطئ فى يوم رمضان ولم يكفر حتى وطئ فى يوم ثان فقال مالك والشافعى وجماعة عليه لكل يوم كفارة وقال أبو حنيفة وأصحابه عليه كفارة واحدة مالم يكفر عن الجماع الأول والسبب فى اختلافهم تشبيه الكفارات بالحدود فمن شبهها بالحدود قال كفارة واحدة تجزى فى ذلك عن أفعال كثيرة كما يلزم الزانى جلد واحد وان زنى ألف مرة اذا لم يحد لواحد منها ومن لم يشبهها بالحدود جعل لكل واحد من الأيام حكما منفردا بنفسه فى هتك الصوم فيه أوجب فى كل يوم كفارة قالوا والفرق بينهما أن الكفارة فيها نوع من القربة والحدود زجر محض

﴿وأما المسئلة السابعة﴾ وهى هل يجب عليه الاطعام اذا أيسر وكان معسرا فى وقت الوجوب فان الأوزاعى قال لا شئ عليه ان كان معسرا وأما الشافعى فتردد فى ذلك

والسبب فى اختلافهم فى ذلك انه حكم مسكوت عنه فيحتمل أن يشبه بالديون فيعود الوجوب عليه فى وقت الاثراء ويحتمل أن يقال لو كان ذلك واجبا عليه لبينه له عليه الصلاة والسلام فهذه أحكام من أفطر متعمدا فى رمضان مما أجمع على أنه مفطر وأما من أفطر مما هو مختلف فيه فان بعض من أوجب فيه الفطر أوجب فيه القضاء والكفارة وبعضهم أوجب فيه القضاء فقط مثل من رأى الفطر من الحجامة ومن الاستقاء ومن بلع الحصاة ومثل المسافر يفطر أول يوم يخرج عند من يرى أنه ليس له أن يفطر فى ذلك اليوم فان مالكا أوجب فيه القضاء والكفارة وخالفه فى ذلك سائر فقهاء الأمصار وجمهور أصحابه وأما من أوجب القضاء والكفارة من الاستقاء فأبو ثور والاوزاعى وسائر من يرى ان الاستقاء مفطر لا يوجبون الا القضاء فقط والذى أوجب القضاء والكفارة فى الاحتجام من القائلين بأن الحجامة تفطر هو عطاء وحده وسبب هذا الخلاف ان المفطر بشئ فيه اختلاف فيه شبه من غير المفطر ومن المفطر فمن غلب أحد الشبهين أوجب له ذلك الحكم وهذان الشبهان الموجودان فيه هما اللذان أوجبا فيه الخلاف أعنى هل هو مفطر أو غير مفطر ولكون الافطار شبهة لا يوجب الكفارة عند الجمهور وانما يوجب القضاء فقط نزع أبو حنيفة الى أنه من أفطر متعمدا للفطر ثم طرأ عليه فى ذلك اليوم سبب مبيح للفطر انه لا كفارة عليه كالمرأة تفطر عمدا ثم تحيض باقى النهار وكالصحيح يفطر عمدا ثم يمرض والحاضر يفطر ثم يسافر فمن اعتبر الأمر فى نفسه أعنى انه مفطر فى يوم جاز له الافطار فيه لم يوجب عليهم كفارة وذلك ان كل واحد من هؤلاء قد كشف له الغيب انه أفطر فى يوم جاز له الافطار فيه ومن اعتبر الاستهانة بالشرع أوجب عليه الكفارة لأنه حين أفطر لم يكن عنده علم بالاباحة وهو مذهب مالك والشافعى ومن هذا الباب ايجاب مالك القضاء فقط على من أكل وهو شاك فى الفجر وايجابه القضاء والكفارة على من أكل وهو شاك فى الغروب على ما تقدم من الفرق بينهما واتفق الجمهور على انه ليس فى الفطر عمدا فى قضاء رمضان كفارة لأنه ليس له حرمة زمان الأداء أعنى رمضان الا قتادة فانه أوجب عليه القضاء والكفارة وروى عن ابن القاسم وابن وهب أن عليه يومين قياسا على الحج الفاسد وأجمعوا على أن من

سنن الصوم تأخير السحور وتعجيل الفطر لقوله عليه الصلاة والسلام لا يزال الناس بخير ما عجلوا الفطر وأخروا السحور وقال تسحروا فان السحور بركة وقال عليه الصلاة والسلام فصل ما بين صيامنا وصيام أهل الكتاب أكلة السحر وكذلك جمهورهم على أن من سنن الصوم ومرغباته كف اللسان عن الرفث والخنا لقوله عليه الصلاة والسلام انما الصوم جنة فاذا أصبح أحدكم صائما فلا يرفث ولا يجهل فان امرؤ شاتمه فليقل اني صائم وذهب أهل الظاهر الى أن الرفث يفطر وهو شاذ فهذه مشهورات ما يتعلق بالصوم المفروض من المسائل وبقي القول في الصوم المندوب اليه وهو القسم الثاني من هذا الكتاب

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(كتاب الصيام الثاني وهو المندوب اليه)

والنظر في الصيام المندوب اليه هو في تلك الاركان الثلاثة وفي حكم الافطار فيه فأما الأيام التي يقع فيها الصوم المندوب اليه وهو الركن الاول فانها على ثلاثة أقسام أيام مرغب فيها وأيام منهي عنها وأيام مسكوت عنها ومن هذه ما هو مختلف فيه ومنها ما هو متفق عليه أما المرغب فيه المتفق عليه فصيام يوم عاشوراء وأما المختلف فيه فصيام يوم عرفة وست من شوّال والغرر من كل شهر وهي الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر أما صيام يوم عاشوراء فلانه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صامه وأمر بصيامه وقال فيه من كان أصبح صائما فليتم صومه ومن كان أصبح مفطرا فليتم بقية يومه واختلفوا فيه هل هو التاسع أو العاشر والسبب في ذلك اختلاف الآثار خرج مسلم عن ابن عباس قال اذا رأيت هلال المحرم فاعدد وأصبح يوم التاسع صائما قلت هكذا كان محمد صلى الله عليه وسلم يصومه قال نعم وروى أنه حين صام رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم عاشوراء وأمر بصيامه قالوا يا رسول الله انه يوم يعظمه اليهود والنصارى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا كان العام المقبل ان شاء الله صمنا اليوم التاسع قال فلم يأت العام المقبل حتى توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأما اختلافهم في يوم عرفة فلان النبي عليه الصلاة والسلام أفطر يوم عرفة وقال فيه صيام يوم عرفة يكفر السنة الماضية والآتية ولذلك اختلف

الناس فى ذلك واختار الشافعى الفطر فيه للحاج وصيامه لغير الحاج جمعا بين الأثرين وخرج أبو داود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن صيام يوم عرفة بعرفة وأما الست من شوال فانه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من صام رمضان ثم أتبعه ستا من شوال كان كصيام الدهر الا أن مالكا كره ذلك اما مخافة أن يلحق الناس برمضان ما ليس من رمضان واما لأنه لعله لم يبلغه الحديث أو لم يصح عنده وهو الأظهر وكذلك كره مالك تحرى صيام الغرر مع ما جاء فيها من الأثر مخافة أن يظن الجهال بها انها واجبة وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصوم من كل شهر ثلاثة أيام غير معينة وأنه قال لعبد الله بن عمرو ابن العاص لما أكثر الصيام أما يكفيك من كل شهر ثلاثة أيام قال فقلت يارسول الله انى أطيق أكثر من ذلك قال خمسا قلت يارسول الله انى أطيق أكثر من ذلك قال سبعا قلت يارسول الله انى أطيق أكثر من ذلك قال تسعا قلت يارسول الله انى أطيق أكثر من ذلك قال أحد عشر قلت يارسول الله انى أطيق أكثر من ذلك فقال عليه الصلاة والسلام لا صوم فوق صيام داود شطر الدهر صيام يوم وافطار يوم وخرج أبو داود انه كان يصوم يوم الاثنين ويوم الخميس وثبت انه لم يستتم قط شهرا بالصيام غير رمضان وان أكثر صيامه كان فى شعبان وأما الأيام المنهى عنها فنها أيضا متفق عليها ومنها مختلف فيها أما المتفق عليها فيوم الفطر ويوم الأضحى لثبوت النهى عن صيامهما وأما المختلف فيها فأيام التشريق ويوم الشك ويوم الجمعة ويوم السبت والنصف الآخر من شعبان وصيام الدهر أما أيام التشريق فان أهل الظاهر لم يجيزوا الصوم فيها وقوم أجازوا ذلك فيها وقوم كرهوه وبه قال مالك الا أنه أجاز صيامها لمن وجب عليه الصوم فى الحج وهو المتمتع وهذه الأيام هى الثلاثة الأيام التى بعد يوم النحر والسبب فى اختلافهم تردد قوله عليه الصلاة والسلام فى أنها أيام أكل وشرب بين أن يحمل على الوجوب أو على الندب فمن حمله على الوجوب قال الصوم يحرم ومن حمله على الندب قال الصوم مكروه ويشبه أن يكون من حمله على الندب انما صار الى ذلك وغلبه على الاصل الذى هو حمله على الوجوب لانه رأى انه ان حمله على الوجوب

عارضه حديث أبي سعيد الخدري الثابت بدليل الخطاب وهو أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يصح الصيام في يومين يوم الفطر من رمضان ويوم النحر فدليل الخطاب يقتضي ان ماعدا هذين اليومين يصح الصيام فيه والا كان تخصيصهما عبثا لا فائدة فيه وأما يوم الجمعة فان قوما لم يكرهوا صيامه ومن هؤلاء مالك وأصحابه وجماعة وقوم كرهوا صيامه الا أن يصام قبله أو بعده والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك فمنها حديث ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصوم ثلاثة أيام من كل شهر قال وما رأيته يفطر يوم الجمعة وهو حديث صحيح ومنها حديث جابر ان سائلا سأل جابرا أسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يفرد يوم الجمعة بصوم قال نعم ورب هذا البيت خرجه مسلم ومنها حديث أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يصوم أحدكم يوم الجمعة الا أن يصوم قبله أو يصوم بعده خرجه أيضا مسلم فمن أخذ بظاهر حديث ابن مسعود أجاز صيام يوم الجمعة مطلقا ومن أخذ بظاهر حديث جابر كرهه مطلقا ومن أخذ بحديث أبي هريرة جمع بين الحديثين أعني حديث جابر وحديث ابن مسعود وأما يوم الشك فان جمهور العلماء على النهي عن صيام يوم الشك على انه من رمضان لظواهر الأحاديث التي يوجب مفهومها تعلق الصوم بالرؤية أو باكمال العدد الا ما حكيناه عن ابن عمر واختلفوا في تحري صيامه تطوعا فمنهم من كرهه على ظاهر حديث عمار من صام يوم الشك فقد عصى أبا القاسم ومن أجازه فلانه قد روي أنه عليه السلام صام شعبان كله ولما قد روي من أنه عليه السلام قال لا تتقدموا رمضان بيوم ولا بيومين الا أن يوافق ذلك صوما كان يصومه أحدكم فليصمه وكان الليث بن سعد يقول انه ان صامه على انه من رمضان ثم جاء الثبت انه من رمضان أجزأه وهذا دليل على أن النية تقع بعد الفجر في التحول من نية التطوع الى نية الفرض وأما يوم السبت فالسبب في اختلافهم فيه اختلافهم في تصحيح ما روي من أنه عليه السلام قال لا تصوموا يوم السبت الا فيما افترض عليكم خرجه أبو داود قالوا والحديث منسوخ نسخه حديث جويرية بنت الحرث أن النبي عليه السلام دخل عليها يوم الجمعة وهي صائمة فقال صمت أمس فقالت لا فقال تريدين أن تصومي غدا قالت لا قال فافطري وأما صيام الدهر فانه قد ثبت النهي عن ذلك

لكن مالك لم ير بذلك بأسا وعسى رأى النهى فى ذلك انما هو من باب خوف الضعف والمرض وأما صيام النصف الآخر من شعبان فان قوما كرهوه وقوما أجازوه فمن كرهوه فلما روى من أنه عليه السلام قال لا صوم بعد النصف من شعبان حتى رمضان ومن أجازه فلما روى عن أم سلمة قالت ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صام شهرين متتابعين الا شعبان ورمضان ولما روى عن ابن عمر قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرن شعبان برمضان وهذه الآثار خرجها الطحاوى * وأما الركن الثانى وهو النية فلا أعلم ان أحدا لم يشترط النية فى صوم التطوّع وانما اختلفوا فى وقت النية على ما تقدم وأما الركن الثالث وهو الامساك عن المفطرات فهو بعينه الامساك الواجب فى الصوم المفروض والاختلاف الذى هنالك لاحق ههنا وأما حكم الافطار فى التطوّع فانهم أجمعوا على انه ليس على من دخل فى صيام تطوّع فقطعه لعذر قضاء واختلفوا اذا قطعه لغير عذر عامدا فأوجب مالك وأبو حنيفة عليه القضاء وقال الشافعى وجماعة ليس عليه قضاء والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار فى ذلك وذلك ان مالكا روى ان حفصة وعائشة زوجى النبى عليه الصلاة والسلام أصبحتا صائمتين متطوّعتين فاهدى لهما طعام فأفطرتا عليه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقضيا يوما مكانه وعارض هذا حديث أم هانئ قالت لما كان يوم الفتح فتح مكة جاءت فاطمة فجلست عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم وأم هانئ عن يمينه قالت فجاءت الوليدة باناء فيه شراب فناولته فشرب منه ثم ناوله أم هانئ فشربت منه قالت يا رسول الله لقد أفطرت وكنت صائمة فقال لها عليه السلام أكنت تقضين شيأ قالت لا قال فلا يضرك ان كان تطوّعا واحتج الشافعى فى هذا المعنى بحديث عائشة أنها قالت دخل علىّ رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت أنا خبأت لك خبأ فقال أما انى كنت أريد الصيام ولكن قربيه وحديث عائشة وحفصة غير مسند ولاختلافهم أيضا فى هذه المسئلة سبب آخر وهو تردد الصوم التطوّع بين قياسه على صلاة التطوّع أو على حج التطوّع وذلك انهم أجمعوا على أن من دخل فى الحج والعمرة متطوّعا يخرج منهما ان عليه القضاء وأجمعوا على أن من خرج من صلاة التطوّع فليس عليه قضاء فيما علمت وزعم من قاس الصوم على الصلاة انه أشبه بالصلاة

منه بالحج لأن الحج له حكم خاص فى هذا المعنى وهو انه يلزم المفسد له المسير فيه الى آخره واذا أفطر فى التطوّع ناسيا فالجمهور على أن لا قضاء عليه وقال ابن علية عليه القضاء قياسا على الحج ولعل مالكا حمل حديث أم هانئ على النسيان وحديث أم هانئ خرجه أبو داود وكذلك خرج حديث عائشة بقريب من اللفظ الذى ذكرناه. وخرج حديث عائشة وحفصة بعينه

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(كتاب الاعتكاف)

والاعتكاف مندوب اليه بالشرع واجب بالنذر ولا خلاف فى ذلك الا ماروى عن مالك أنه كره الدخول فيه مخافة أن لا يوفى بشرطه وهو فى رمضان أكثر منه فى غيره. وبخاصة فى العشر الأواخر منه اذ كان ذلك هو آخر اعتكافه صلى الله عليه وسلم. وهو بالجملة يشتمل على عمل مخصوص فى موضع مخصوص وفى زمان مخصوص بشروط مخصوصة وتروك مخصوصة فأما العمل الذى يخصه ففيه قولان قيل انه الصلاة وذكر الله وقراءة القرآن لا غير ذلك من أعمال البر والقرب وهو مذهب ابن القاسم وقيل جميع أعمال القرب والبر المختصة بالآخرة وهو مذهب ابن وهب فعلى هذا المذهب يشهد الجنائز ويعود المرضى ويدرس العلم وعلى المذهب الاول لا وهذا هو مذهب الثورى. والأوّل هو مذهب الشافعى وأبى حنيفة وسبب اختلافهم أن ذلك شئ مسكوت عنه أعنى أنه ليس فيه حد مشروع بالقول فمن فهم من الاعتكاف حبس النفس على الأفعال المختصة بالمساجد قال لا يجوز للمعتكف الا الصلاة والقراءة ومن فهم منه حبس النفس على القرب الاخروية كلها أجاز له غير ذلك مما ذكرناه وروى عن على رضى الله عنه أنه قال من اعتكف لا يرفث ولا يساب وليشهد الجمعة والجنازة ويوصى أهله اذا كانت له حاجة وهو قائم ولا يجلس ذكره عبد الرازق وروى عن عائشة خلاف هذا وهو أن السنة للمعتكف أن لا يشهد جنازة ولا يعود مريضا وهذا أيضا أحد ما أوجب الاختلاف فى هذا المعنى وأما المواضع التى فيها يكون الاعتكاف. فانهم اختلفوا فيها فقال قوم لا اعتكاف الا فى المساجد الثلاثة بيت الله الحرام وبيت المقدس ومسجد النبى عليه السلام وبه قال حذيفة وسعيد بن المسيب وقال آخرون.

الاعتكاف عام فى كل مسجد وبه قال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وهو مشهور مذهب مالك وقال آخرون لا اعتكاف الا فى مسجد فيه جمعة وهى رواية ابن عبد الحكم عن مالك وأجمع الكل على ان من شرط الاعتكاف المسجد الا ماذهب اليه ابن لبابة من أنه يصح فى غير مسجد وان مباشرة النساء انما حرمت على المعتكف اذا اعتكف فى المسجد والا ماذهب اليه أبو حنيفة من ان المرأة انما تعتكف فى مسجد بيتها وسبب اختلافهم فى اشتراط المسجد أو ترك اشتراطه هو الاحتمال الذى فى قوله تعالى ولا تباشروهنّ وأنتم عاكفون فى المساجد بين أن يكون له دليل خطاب أم لا يكون له فمن قال له دليل خطاب قال لا اعتكاف الا فى مسجد وان من شرط الاعتكاف ترك المباشرة ومن قال ليس له دليل خطاب قال المفهوم منه أن الاعتكاف جائز فى غير المسجد وأنه لا يمنع المباشرة لأن قائلا لو قال لا تعط فلانا شيأ اذا كان داخلا فى الدار لكان مفهوم دليل الخطاب يوجب أن يعطيه اذ كان خارج الدار ولكن هو قول شاذ والجمهور على أن العكوف انما أضيف الى المساجد لأنها من شرطه وأما سبب اختلافهم فى تخصيص بعض المساجد أو تعميمها فمعارضة العموم للقياس المخصص له فمن رجح العموم قال فى كل مسجد على ظاهر الآية ومن انقدح له تخصيص بعد المساجد من ذلك العموم بقياس اشترط أن يكون مسجدا فيه جمعة لئلا ينقطع عمل المعتكف بالخروج الى الجمعة أو مسجدا تشد اليه المطىّ مثل مسجد النبى صلى الله عليه وسلم الذى وقع فيه اعتكافه ولم يقس سائر المساجد عليه اذ كانت غير مساوية له فى الحرمة وأما سبب اختلافهم فى اعتكاف المرأة فمعارضة القياس أيضا للاثر وذلك انه ثبت ان حفصة وعائشة وزينب أزواج النبى صلى الله عليه وسلم استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الاعتكاف فى المسجد فأذن لهنّ حين ضربن أخبيتهنّ فيه فكان هذا الأثر دليلا على جواز اعتكاف المرأة فى المسجد وأما القياس المعارض لهذا فهو قياس الاعتكاف على الصلاة وذلك أنه لما كانت صلاة المرأة فى بيتها أفضل منها فى المسجد على ماجاء الخبر وجب أن يكون الاعتكاف فى بيتها أفضل قالوا وانما يجوز للمرأة أن تعتكف فى المسجد مع زوجها فقط على نحو ماجاء فى الأثر من اعتكاف أزواجه عليه الصلاة والسلام معه كما تسافر معه ولا تسافر مفردة وكأنه نحو من الجمع بين القياس

والاثر وأما زمان الاعتكاف فليس لأكثره عندهم حد واجب وان كان كلهم يختار العشر الاواخر من رمضان بل يجوز الدهر كله اما مطلقا عند من لا يرى الصوم من شروطه وأما ما عدا الايام التى لا يجوز صومها عند من يرى الصوم من شروطه وأما أقله فانهم اختلفوا فيه وكذلك اختلفوا فى الوقت الذى يدخل فيه المعتكف لاعتكافه وفى الوقت الذى يخرج فيه منه أما أقل زمان الاعتكاف فعند الشافعى وأبى حنيفة وأكثر الفقهاء أنه لا حد له واختلف عن مالك فى ذلك فقيل ثلاثة أيام وقيل يوم وليلة وقال ابن القاسم عنه أقله عشرة أيام وعند البغداديين من أصحابه ان العشرة استحباب وان أقله يوم وليلة والسبب فى اختلافهم معارضة القياس للاثر أما القياس فانه من اعتقد أن من شرطه الصوم قال لا يجوز اعتكاف ليلة واذا لم يجز اعتكافه ليلة فلا أقل من يوم وليلة اذ انعقاد صوم النهار انما يكون بالليل وأما الاثر المعارض فما خرجه البخارى من ان عمر رضى الله عنه نذر أن يعتكف ليلة فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يفى بنذره ولا معنى للنظر مع الثابت من هذا الاثر وأما اختلافهم فى الوقت الذى يدخل فيه المعتكف الى اعتكافه اذا نذر أياما معدودة أو يوما واحدا فان مالكا والشافعى وأبا حنيفة اتفقوا على أنه من نذر اعتكاف شهر أنه يدخل المسجد قبل غروب الشمس وأما من نذر أن يعتكف يوما فان الشافعى قال من أراد أن يعتكف يوما واحدا دخل قبل طلوع الفجر وخرج بعد غروبها وأما مالك فقوله فى اليوم والشهر واحد بعينه وقال زفر والليث يدخل قبل طلوع الفجر واليوم والشهر عندهما سواء وفرق أبو ثور بين نذر الليالى والايام فقال اذا نذر أن يعتكف عشرة أيام دخل قبل طلوع الفجر واذا نذر عشر ليال دخل قبل غروبها وقال الاوزاعى يدخل فى اعتكافه بعد صلاة الصبح والسبب فى اختلافهم معارضة الأقيسة بعضها بعضا ومعارضة الاثر لجميعها وذلك أنه من رأى ان أول الشهر ليلة واعتبر الليالى قال يدخل قبل مغيب الشمس ومن لم يعتبر الليالى قال يدخل قبل الفجر ومن رأى ان اسم اليوم يقع على الليل والنهار معا أوجب ان نذر يوما أن يدخل قبل غروب الشمس ومن راى أنه انما ينطلق على النهار أوجب الدخول قبل طلوع الفجر ومن رأى ان اسم اليوم خاص بالنهار واسم الليل بالليل

فرق بين أن ينذر أياما أو ليالى والحق ان اسم اليوم فى كلام العرب قد يقال على النهار مفردا وقد يقال على الليل والنهار معا لكن يشبه أن يكون دلالته الاولى انما هى على النهار ودلالته على الليل بطريق اللزوم وأما الاثر المخالف لهذه الأقيسة كلها فهو ما خرجه البخارى وغيره من أهل الصحيح عن عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعتكف فى رمضان واذا صلى الغداة دخل مكانه الذى كان يعتكف فيه وأما وقت خروجه فان مالكا رأى أن يخرج المعتكف العشر الأواخر من رمضان من المسجد الى صلاة العيد على جهة الاستحباب وأنه ان خرج بعد غروب الشمس أجزأه وقال الشافعى وأبو حنيفة بل يخرج بعد غروب الشمس وقال سحنون وابن الماجشون ان رجع الى بيته قبل صلاة العيد فسد اعتكافه وسبب الاختلاف هل الليلة الباقية هى من حكم العشر أم لا وأما شروطه فثلاث النية والصيام وترك مباشرة النساء أما النية فلا أعلم فيها اختلافا وأما الصيام فانهم اختلفوا فيه فذهب مالك وأبو حنيفة وجماعة الى أنه لا اعتكاف الا بالصوم وقال الشافعى الاعتكاف جائز بغير صوم و بقول مالك قال من الصحابة ابن عمر وابن عباس على خلاف عنه فى ذلك و بقول الشافعى قال على وابن مسعود والسبب فى اختلافهم أن اعتكاف رسول الله صلى الله عليه وسلم انما وقع فى رمضان فمن رأى ان الصوم المقترن باعتكافه هو شرط فى الاعتكاف وان لم يكن الصوم للاعتكاف نفسه قال لا بد من الصوم مع الاعتكاف ومن رأى أنه انما اتفق ذلك اتفاقا لا على ان ذلك كان مقصودا له عليه الصلاة والسلام فى الاعتكاف قال ليس الصوم من شرطه ولذلك أيضا سبب آخر وهو اقترانه مع الصوم فى آية واحدة وقد احتج الشافعى بحديث عمر المتقدم وهو انه أمره عليه الصلاة والسلام أن يعتكف ليلة والليل ليس بمحل للصيام واحتجت المالكية بما روى عبد الرحمن بن اسحق عن عروة عن عائشة أنها قالت السنة للمعتكف أن لا يعود مريضا ولا يشهد جنازة ولا يمس امرأة ولا يباشرها ولا يخرج الا الى ما لا بد له منه ولا اعتكاف الا بصوم ولا اعتكاف الا فى مسجد جامع قال أبو عمر بن عبد البر لم يقل أحد فى حديث عائشة هذا السنة الا عبد الرحمن بن اسحق ولا يصح هذا الكلام عندهم الا من قول الزهرى وان كان الامر هكذا بطل

أن يجرى مجرى المسند وأما الشرط الثالث وهى المباشرة فانهم أجمعوا على أن المعتكف اذا جامع عامدا بطل اعتكافه الا ماروى عن ابن لبابة فى غير المسجد واختلفوا فيه اذا جامع ناسيا واختلفوا أيضا فى فساد الاعتكاف بمادون الجماع من القبلة واللمس فرأى مالك ان جميع ذلك يفسد الاعتكاف وقال أبو حنيفة ليس فى المباشرة فساد الا أن ينزل وللشافعى قولان أحدهما مثل قول مالك والثانى مثل قول أبى حنيفة وسبب اختلافهم هل الاسم المتردد بين الحقيقة والمجاز له عموم أم لا وهو أحد أنواع الاسم المشترك فمن ذهب الى أن له عموما قال ان المباشرة فى قوله تعالى ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد ينطلق على الجماع وعلى مادونه ومن لم ير له عموما وهو الاشهر الاكثر قال يدل اما على الجماع واما على مادون الجماع فاذا قلنا انه يدل على الجماع باجماع بطل أن يدل على غير الجماع لان الاسم الواحد لا يدل على الحقيقة والمجاز معا ومن أجرى الانزال بمنزلة الوقاع فلأنه فى معناه ومن خالف فلأنه لا ينطلق عليه الاسم حقيقة واختلفوا فيما يجب على المجامع فقال الجمهور لا شئ عليه وقال قوم عليه كفارة فبعضهم قال كفارة المجامع فى رمضان وبه قال الحسن وقال قوم يتصدق بدينارين وبه قال مجاهد وقال قوم يعتق رقبة فان لم يجد أهدى بدنة فان لم يجد تصدق بعشرين صاعا من تمر وأصل الخلاف هل يجوز القياس فى الكفارة أم لا والأظهر انه لا يجوز واختلفوا فى مطلق النذر بالاعتكاف هل من شرطه التتابع أم لا فقال مالك وأبو حنيفة ذلك من شرطه وقال الشافعى ليس من شرطه ذلك والسبب فى اختلافهم قياسه على نذر الصوم المطلق وأما موانع الاعتكاف فاتفقوا على انها ماعدا الافعال التى هى أعمال المعتكف وأنه لا يجوز للمعتكف الخروج من المسجد الا لحاجة الانسان أو ماهو فى معناها مما تدعو اليه الضرورة لما ثبت من حديث عائشة أنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اعتكف يدنى الىّ رأسه وهو فى المسجد فأرجله وكان لا يدخل البيت الا لحاجة الانسان واختلفوا اذا خرج لغير حاجة متى ينقطع اعتكافه فقال الشافعى ينتقض اعتكافه عند أول خروجه وبعضهم رخص فى الساعة وبعضهم فى اليوم واختلفوا هل له أن يدخل بيتا غير بيت مسجده فرخص فيه بعضهم وهم الاكثر مالك والشافعى

وأبو حنيفة ورأى بعضهم ان ذلك يبطل اعتكافه وأجاز مالك له البيع والشراء وأن يلي عقد النكاح وخالفه غيره في ذلك وسبب اختلافهم أنه ليس في ذلك حد منصوص عليه الا الاجتهاد وتشبيه مالم يتفقوا عليه بما اتفقوا عليه واختلفوا أيضا هل للمعتكف أن يشترط فعل شئ مما يمنعه الاعتكاف فينفعه شرطه في الاباحة أم ليس ينفعه ذلك مثل أن يشترط شهود جنازة أوغير ذلك فأكثر الفقهاء على ان شرطه لا ينفعه وانه ان فعل بطل اعتكافه وقال الشافعي ينفعه شرطه والسبب في اختلافهم تشبيههم الاعتكاف بالحج في أن كليهما عبادة مانعة لكثير من المباحات والاشتراط في الحج انما صار اليه من رآه لحديث ضباعة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها أهلي بالحج واشترطي أن تحلي حيث حبستني لكن هذا الاصل مختلف فيه في الحج فالقياس فيه ضعيف عند الخصم المخالف له واختلفوا اذا اشترط التتابع في النذر أو كان التتابع لازما لمطلق النذر عند من يرى ذلك ماهي الاشياء التي اذا قطعت الاعتكاف أوجبت الاستئناف أو البناء مثل المرض فان منهم من قال اذا قطع المرض الاعتكاف بنى المعتكف وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي ومنهم من قال يستأنف الاعتكاف وهو قول الثوري ولا خلاف فيما أحسب عندهم أن الحائض تبني واختلفوا هل يخرج من المسجد أم ليس يخرج وكذلك اختلفوا اذا جن المعتكف أو أغمي عليه هل يبني أو ليس يبني بل يستقبل والسبب في اختلافهم في هذا الباب أنه ليس في هذه الاشياء شئ محدود من قبل السمع فيقع التنازع من قبل تشبيههم ما اتفقوا عليه بما اختلفوا فيه أعني بما اتفقوا عليه في هذه العبادة أو في العبادات التي من شرطها التتابع مثل صوم الظهار وغيره والجمهور على ان اعتكاف المتطوع اذا قطع لغير عذر أنه يجب فيه القضاء لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أراد أن يعتكف العشر الاواخر من رمضان فلم يعتكف فاعتكف عشرا من شوال وأما الواجب بالنذر فلا خلاف في قضائه فيما أحسب والجمهور على ان من أتى كبيرة انقطع اعتكافه فهذه جملة ما رأينا أن نثبته في أصول هذا الباب وقواعده والله الموفق والمعين وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليما

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على محمد وآله وسلم تسليما ﴾

(كتاب الحج)

والنظر فى هذا الكتاب فى ثلاثة أجناس الجنس الأول يشتمل على الأشياء التى تجرى من هذه العبادة مجرى المقدمات التى تجب معرفتها لعمل هذه العبادة الجنس الثانى فى الاشياء التى تجرى منها مجرى الاركان وهى الامور المعمولة أنفسها والاشياء المتروكة الجنس الثالث فى الاشياء التى تجرى منها مجرى الامور اللاحقة وهى أحكام الافعال وذلك ان كل عبادة فانها توجد مشتملة على هذه الثلاثة الاجناس

﴿ الجنس الأول ﴾

وهذا الجنس يشتمل على شيئين على معرفة الوجوب وشروطه وعلى من يجب ومتى يجب فاما وجوبه فلا خلاف فيه لقوله سبحانه (ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا) وأما شروط الوجوب فان الشروط قسمان شروط صحة وشروط وجوب فاما شروط الصحة فلا خلاف بينهم ان من شروطه الاسلام اذ لا يصح حج من ليس بمسلم واختلفوا فى صحة وقوعه من الصبى فذهب مالك والشافعى الى جواز ذلك ومنع منه أبو حنيفة وسبب الخلاف معارضة الأثر فى ذلك للاصول وذلك ان من أجاز ذلك أخذ فيه بحديث ابن عباس المشهور خرّجه البخارى ومسلم وفيه ان امرأة رفعت اليه عليه الصلاة والسلام صبيا فقالت أ لهذا حج يارسول الله قال نعم ولك أجر ومن منع ذلك تمسك بان الاصل هو أن العبادة لا تصح من غير عاقل وكذلك اختلف أصحاب مالك فى صحة وقوعها من الطفل الرضيع و ينبغى أن لا يختلف فى صحة وقوعه ممن يصح وقوع الصلاة منه وهو كما قال عليه الصلاة والسلام من السبع الى العشر وأما شروط الوجوب فيشترط فيها الاسلام على القول بان الكفار مخاطبون بشرائع الاسلام ولا خلاف فى اشتراط الاستطاعة فى ذلك لقوله تعالى (من استطاع اليه سبيلا) وان كان فى تفصيل ذلك اختلاف وهى بالجملة تتصور على نوعين مباشرة ونيابة فاما المباشرة فلا خلاف عندهم ان من شرطها الاستطاعة بالبدن والمال مع الامن واختلفوا فى تفصيل الاستطاعة بالبدن والمال فقال الشافعى وأبو حنيفة وأحمد وهو قول ابن عباس وعمر بن الخطاب ان من شرط ذلك الزاد والراحلة

وقال مالك من استطاع المشي فليس وجود الراحلة من شرط الوجوب فى حقه بل يجب عليه الحج وكذلك ليس الزاد عنده من شرط الاستطاعة اذا كان ممن يمكنه الاكتساب فى طريقه ولو بالسؤال والسبب فى هذا الخلاف معارضة الاثر الوارد فى تفسير الاستطاعة لعموم لفظها وذلك انه ورد أثر عنه عليه الصلاة والسلام أنه سئل ما الاستطاعة فقال الزاد والراحلة فحمل أبو حنيفة والشافعى ذلك على كل مكلف وحمله مالك على من لا يستطيع المشى ولا له قوة على الاكتساب فى طريقه وانما اعتقد الشافعى هذا الرأى لان من مذهبه اذا ورد الكتاب مجملا فوردت السنة بتفسير ذلك المجمل انه ليس ينبغى العدول عن ذلك التفسير وأما وجوبه باستطاعة النيابة مع العجز عن المباشرة فعند مالك وأبى حنيفة انه لا تلزم النيابة اذا استطيعت مع العجز عن المباشرة وعند الشافعى انها تلزم فيلزم على مذهبه الذى عنده مال يقدر أن يحج به عنه غيره اذا لم يقدر هو ببدنه ان يحج عنه غيره بماله وان وجد من يحج عنه بماله وبدنه من أخ أو قريب سقط ذلك عنه وهى المسئلة التى يعرفونها بالمعضوب وهو الذى لا يثبت على الراحلة وكذلك عنده الذى يأتيه الموت ولم يحج يلزم ورثته عنده أن يخرجوا من ماله بما يحج به عنه وسبب الخلاف فى هذا معارضة القياس للاثر وذلك ان القياس يقتضى ان العبادات لا ينوب فيها أحد عن أحد فانه لا يصلى أحد عن أحد باتفاق ولا يزكى أحد عن أحد وأما الاثر المعارض لهذا فحديث ابن عباس المشهور خرجه الشيخان وفيه ان امرأة من خثعم قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم يارسول الله فريضة الله فى الحج على عباده أدركت أبى شيخا كبيرا لا يستطيع أن يثبت على الراحلة أفأحج عنه قال نعم وذلك فى حجة الوداع فهذا فى الحى" وأما فى الميت فحديث ابن عباس أيضا خرجه البخارى قال جاءت امرأة من جهينة الى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ان أمى نذرت الحج فماتت أفأحج عنها قال حجى عنها أرأيت لو كان عليها دين أكنت قاضيته دين الله أحق بالقضاء ولا خلاف بين المسلمين انه يقع عن الغير تطوعا وانما الخلاف فى وقوعه فرضا واختلفوا من هذا الباب فى الذى يحج عن غيره سواء كان حيا أو ميتا هل من شرطه أن يكون قد حج عن نفسه أم لا فذهب بعضهم الى أن ذلك ليس من شرطه وان كان قد أدى الفرض

عن نفسه فذلك أفضل و به قال مالك فيمن يحج عن الميت لان الحج عنده عن الحى لا يقع وذهب آخرون الى أن من شرطه أن يكون قد قضى فريضة نفسه و به قال الشافعى وغيره انه ان حج عن غيره من لم يقض فرض نفسه انقلب الى فرض نفسه وعمدة هؤلاء حديث ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول لبيك عن شبرمة قال ومن شبرمة فقال أخ لى أو قال قريب لى قال أفحججت عن نفسك قال لا قال فحج عن نفسك ثم حج عن شبرمة والطائفة الاولى عللت هذا الحديث بانه قد روى موقوفا على ابن عباس واختلفوا من هذا الباب فى الرجل يؤاجر نفسه فى الحج فكره ذلك مالك والشافعى وقالا ان وقع ذلك جاز ولم يجز ذلك أبو حنيفة وعمدته انه قربة الى الله عز وجل فلا تجوز الاجارة عليه وعمدة الطائفة الاولى اجماعهم على جواز الاجارة فى كتب المصاحف و بناء المساجد وهى قربة والاجارة فى الحج عند مالك نوعان أحدهما الذى يسميه أصحابه على البلاغ وهو الذى يؤاجر نفسه على ما يبلغه من الزاد والراحلة فان نقص ما أخذه عن البلاغ وفاه ما يبلغه وان فضل عن ذلك شئ رده والثانى على سنة الاجارة ان نقص شئ وفاه من عنده وان فضل شئ فله * والجمهور على أن العبد لا يلزمه الحج حتى يعتق وأوجبه عليه بعض أهل الظاهر فهذه معرفة على من تجب هذه الفريضة وممن تقع وأما متى تجب فانهم اختلفوا هل هى على الفور أو على التراخى والقولان متأولان على مالك وأصحابه والظاهر عند المتأخرين من أصحابه انها على التراخى و بالقول انها على الفور قال البغداديون من أصحابه واختلف فى ذلك قول أبى حنيفة وأصحابه والمختار عندهم انه على الفور وقال الشافعى هو على التوسعة وعمدة من قال هو على التوسعة ان الحج فرض قبل حج النبى صلى الله عليه وسلم بسنين فلو كان على الفور لما أخره النبى عليه الصلاة والسلام ولو أخره لعذر لبينه وحجة الفريق الثانى انه لما كان مختصا بوقت كان الاصل تأثيم تاركه حتى يذهب الوقت أصله وقت الصلاة والفرق عند الفريق الثانى بينه و بين الامر بالصلاة انه لا يتكرر وجو به بتكرار الوقت والصلاة يتكرر وجوبها بتكرار الوقت و بالجملة فمن شبهه أول وقت من أوقات الحج الطارئة على المكلف المستطيع باول الوقت من الصلاة قال هو على التراخى ومن شبهه بآخر الوقت من الصلاة

قال هو على الفور ووجه شبهه بآخر الوقت انه ينقضى بدخول وقت لايجوز فيه فعله كما ينقضى وقت الصلاة بدخول وقت ليس يكون فيه المصلى مؤديا و يحتج هؤلاء بالغرر الذى يلحق المكلف بتأخيره الى عام آخر بما يغلب على الظن من امكان وقوع الموت فى مدة من عام و يرون انه بخلاف تأخير الصلاة من أول الوقت الى آخره لان الغالب انه لايموت أحد فى مقدار ذلك الزمان الا نادرا ور بما قالوا ان التأخير فى الصلاة يكون مع مصاحبة الوقت الذى يؤدى فيه الصلاة والتأخير ههنا يكون مع دخول وقت لاتصح فيه العبادة فهو ليس يشبهه فى هذا الامر المطلق وذلك ان الامر المطلق عند من يقول انه على التراخى ليس يؤدى التراخى فيه الى دخول وقت لايصح فيه وقوع المأمور فيه كما يؤدى التراخى فى الحج اذا دخل وقته فأخره المكلف الى قابل فليس الاختلاف فى هذه المسئلة من باب اختلافهم فى مطلق الامر هل هو على الفور أو على التراخى كما قد يظن واختلفوا من هذا الباب هل من شرط وجوب الحج على المرأة أن يكون معها زوج أو ذو محرم منها يطاوعها على الخروج معها الى السفر للحج فقال مالك والشافعى ليس من شرط الوجوب ذلك وتخرج المرأة الى الحج اذا وجدت رفقة مأمونة وقال أبو حنيفة وأحمد وجماعة وجود ذى المحرم ومطاوعته لها شرط فى الوجوب وسبب الخلاف معارضة الامر بالحج والسفر اليه للنهى عن سفر المرأة ثلاثا الا مع ذى محرم وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث أبى سعيد الخدرى وأبى هريرة وابن عباس وابن عمر أنه قال عليه الصلاة والسلام لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تسافر الا مع ذى محرم فمن غلب عموم الامر قال تسافر للحج وان لم يكن معها ذو محرم ومن خصص العموم بهذا الحديث أو رأى انه من باب تفسير الاستطاعة قال لا تسافر للحج الا مع ذى محرم فقد قلنا فى وجوب هذا النسك الذى هو الحج و بأى شئ يجب وعلى من يجب ومتى يجب وقد بقى من هذا الباب القول فى حكم النسك الذى هو العمرة فان قوما قالوا انه واجب و به قال الشافعى وأحمد وأبو ثور وأبو عبيد والثورى والاوزاعى وهو قول ابن عباس من الصحابة وابن عمر وجماعة من التابعين وقال مالك وجماعة هى سنة وقال أبو حنيفة هى تطوع و به قال أبو ثور وداود فمن أوجبها احتج بقوله تعالى (وأتموا الحج والعمرة لله)

وبآثار مروية منها ماروى عن ابن عمر عن أبيه قال دخل اعرابى حسن الوجه أبيض الثياب على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما الاسلام يارسول الله فقال أن تشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله وتقيم الصلاة وتؤتى الزكاة وتصوم شهر رمضان وتحج وتعتمر وتغتسل من الجنابة وذكر عبد الرزاق قال أخبرنا معمر عن قتادة انه كان يحدث أنه لما نزلت ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم باثنين حجة وعمرة فمن قضاهما فقد قضى الفريضة وروى عن زيد بن ثابت عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال الحج والعمرة فريضتان لا يضرك بأيهما بدأت وروى عن ابن عباس العمرة واجبة وبعضهم يرفعه الى النبى صلى الله عليه وسلم وأما حجة الفريق الثانى وهم الذين يرون أنها ليست واجبة فالاحاديث المشهورة الثابتة الواردة فى تعديد فرائض الاسلام من غير أن يذكر منها العمرة مثل حديث ابن عمر بنى الاسلام على خمس فذكر الحج مفردا ومثل حديث السائل عن الاسلام فان فى بعض طرقه وان يحج البيت وربما قالوا ان الامر بالاتمام ليس يقتضى الوجوب لان هذا يخص السنن والفرائض أعنى اذا شرع فيها أن تتم ولا تقطع واحتج هؤلاء أيضا أعنى من قال انها سنة بآثار منها حديث الحجاج بن ارطاة عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله قال سأل رجل النبى صلى الله عليه وسلم عن العمرة أواجبة هى قال لا ولأن تعتمر خير لك قال ابن عمر (٧) وليس هو حجة فيما انفرد به وربما احتج من قال انها تطوع بما روى عن أبى صالح الحنفى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحج واجب والعمرة تطوع وهو حديث منقطع فسبب الخلاف فى هذا هو تعارض الآثار فى هذا الباب وتردد الامر بالتمام بين أن يقتضى الوجوب أم لا يقتضيه

﴿ القول فى الجنس الثانى ﴾

وهو تعريف أفعال هذه العبادة فى نوع نوع منها والتروك المشترطة فيها وهذه

---

(٧) قوله قال ابن عمر الخ هكذا هو بالنسخ ولعله قال أبو عمر يعنى ابن عبد البر لأنه هو الذى يسند اليه مثل هذا تأمل اه مصححه

العبادة كما قلنا صنفان حج وعمرة والحج ثلاثة أصناف افراد وتمتع وقران وهى كلها تشتمل على أفعال محدودة فى أمكنة محدودة وأوقات محدودة ومنها فرض ومنها غير فرض وعلى تروك تشترط فى تلك الافعال ولكل هذه أحكام محدودة اما عند الاخلال بها واما عند الطوارىء المانعة منها فهذا الجنس ينقسم أولا الى القول فى الافعال والى القول فى التروك وأما الجنس الثالث فهو الذى يتضمن القول فى الاحكام فلنبدأ بالافعال وهذه منها ما تشترك فيه هذه الاربعة الانواع من النسك أعنى أصناف الحج الثلاث والعمرة ومنها ما يختص بواحد واحد منها فلنبدأ من القول فيها بالمشترك ثم نصير الى ما يخص واحدا واحدا منها فنقول ان الحج والعمرة أول أفعالهما الفعل الذى يسمى الاحرام

﴿ القول فى شروط الاحرام ﴾

والاحرام شروطه الاول المكان والزمان أما المكان فهو الذى يسمى مواقيت الحج فلنبدأ بهذا فنقول ان العلماء بالجملة مجمعون على أن المواقيت التى منها يكون الاحرام أما لأهل المدينة فذو الحليفة وأما لاهل الشام فالجحفة ولاهل نجد قرن ولأهل اليمن يلملم لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث ابن عمر وغيره واختلفوا فى ميقات أهل العراق فقال جمهور فقهاء الامصار ميقاتهم من ذات عرق وقال الشافعى والثورى ان أهلوا من العقيق كان أحب واختلفوا فيمن أقته لهم فقالت طائفة عمر بن الخطاب وقالت طائفة بل رسول الله صلى الله عليه وسلم هو الذى أقت لاهل العراق ذات عرق والعقيق وروى ذلك من حديث جابر وابن عباس وعائشة وجمهور العلماء على ان من يخطىء هذه وقصده الاحرام فلم يحرم الا بعدها ان عليه دما وهؤلاء منهم من قال ان رجع الى الميقات فأحرم منه سقط عنه الدم ومنهم الشافعى ومنهم من قال لا يسقط عنه الدم وان رجع وبه قال مالك وقال قوم ليس عليه دم وقال آخرون ان لم يرجع الى الميقات فسد حجه وانه يرجع الى الميقات فيهل منه بعمرة وهذا يذكر فى الاحكام وجمهور العلماء على ان من كان منزله دونهن فميقات احرامه من منزله واختلفوا اهل الافضل احرام الحاج منهن أو من منزله اذا كان منزله خارجا منهن فقال قوم الافضل له من منزله

والاحرام منها رخصة وبه قال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وجماعة وقال مالك واسحاق وأحمد احرامه من المواقيت أفضل وعمدة هؤلاء الاحاديث المتقدمة وانها السنة التى سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم فهى أفضل وعمدة الطائفة الاخرى ان الصحابة قد أحرمت من قبل الميقات ابن عباس وابن عمر وابن مسعود وغيرهم قالوا وهم أعرف بالسنة وأصول أهل الظاهر تقتضى أن لا يجوز الاحرام الا من الميقات الا أن يصح اجماع على خلافه واختلفوا فيمن ترك الاحرام من ميقاته وأحرم من ميقات آخر غير ميقاته مثل أن يترك أهل المدينة الاحرام من ذى الحليفة ويحرموا من الجحفة فقال قوم عليه دم وممن قال به مالك وبعض أصحابه وقال أبو حنيفة ليس عليه شئ وسبب الخلاف هل هو من النسك الذى يجب فى تركه الدم أم لا ولا خلاف انه يلزم الاحرام من مر بهذه المواقيت ممن أراد الحج أو العمرة وأما من لم يردهما ومر بهما فقال قوم كل من مر بهما يلزمه الاحرام الا من يكثر تردداه مثل الحطابين وشبههم وبه قال مالك وقال قوم لا يلزم الاحرام بها الا المريد الحج أو العمرة وهذا كله لمن ليس من أهل مكة وأما أهل مكة فانهم يحرمون بالحج (٧) أو بالعمرة يخرجون الى الحل ولا بد وأما متى يحرم بالحج أهل مكة فقيل اذا رأوا الهلال وقيل اذا خرج الناس الى منى فهذا هو ميقات المكان المشترط لانواع هذه العبادة

﴿ القول فى ميقات الزمان ﴾

وأما ميقات الزمان فهو محدود أيضا فى أنواع الحج الثلاث وهو شوال وذو القعدة وتسع من ذى الحجة باتفاق وقال مالك الثلاثة الأشهر كلها محل للحج وقال الشافعى الشهران وتسع من ذى الحجة وقال أبو حنيفة عشر فقط ودليل قول مالك عموم قوله سبحانه الحج أشهر معلومات فوجب أن يطلق على جميع أيام ذى الحجة أصله انطلاقه على جميع أيام شوال وذى القعدة ودليل الفريق الثانى انقضاء الاحرام

---

(٧) قوله بالحج الخ هكذا هذه العبارة بالنسخ ولعل صوابه يحرمون بالحج منها وبالعمرة يخرجون تأمل اهـ مصححه

قبل تمام الشهر الثالث بانقضاء أفعاله الواجبة وفائدة الخلاف تأخر طواف الافاضة الى آخر الشهر وان أحرم بالحج قبل أشهر الحج كرهه مالك ولكن صح احرامه عنده وقال غيره لا يصح احرامه وقال الشافعي ينعقد احرامه احرام عمرة فمن شبهه بوقت الصلاة قال لا يقع قبل الوقت ومن اعتمد عموم قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله قال متى أحرم انعقد احرامه لانه مأمور بالاتمام ور بما شبهوا الحج فى هذا المعنى بالعمرة وشبهوا ميقات الزمان بميقات العمرة فأما مذهب الشافعى فهو مبنى على ان من التزم عبادة فى وقت نظيرتها انقلبت الى النظير مثل أن يصوم نذرا فى أيام رمضان وهذا الاصل فيه اختلاف فى المذهب وأما العمرة فان العلماء اتفقوا على جوازها فى كل أوقات السنة لانها كانت فى الجاهلية لا تصنع فى أيام الحج وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام دخلت العمرة فى الحج الى يوم القيامة وقال أبو حنيفة تجوز فى كل السنة الا يوم عرفة و يوم النحر وأيام التشريق فانها تكره واختلفوا فى تكريرها فى السنة الواحدة مرارا فكان مالك يستحب عمرة فى كل سنة و يكره وقوع عمرتين عنده وثلاثا فى السنة الواحدة وقال الشافعى وأبو حنيفة لا كراهية فى ذلك فهذا هو القول فى شروط الاحرام الزمانية والمكانية و ينبغى بعد ذلك أن نصير الى القول فى الاحرام وقبل ذلك ينبغى أن نقول فى تروكه ثم نقول بعد ذلك فى الافعال الخاصة بالمحرم الى حين احلاله وهى أفعال الحج كلها وتروكه ثم نقول فى أحكام الاخلال بالتروك والافعال ولنبدأ بالتروك

﴿ القول فى التروك وهو ما يمنع الاحرام من الامور المباحة للحلال ﴾

والاصل فى هذا الباب ما ثبت من حديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم ما يلبس المحرم من الثياب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تلبسوا القميص ولا العمائم ولا السراويلات ولا البرانس ولا الخفاف الا أحد لا يجد نعلين فيلبس خفين وليقطعهما أسفل من الكعبين ولا تلبسوا من الثياب شيأ مسه الزعفران ولا الورس فاتفق العلماء على بعض الاحكام الواردة فى هذا الحديث واختلفوا فى بعضها فمما اتفقوا عليه أنه لا يلبس المحرم قميصا ولا شيأ مما ذكر فى هذا الحديث ولا ما كان فى معناه من مخيط الثياب وأن هذا

مخصوص بالرجال أعني تحريم لبس المخيط وانه لابأس للمرأة بلبس القميص والدرع والسراويل والخفاف والخمر واختلفوا فيمن لم يجد غير السراويل هل له لباسها فقال مالك وأبو حنيفة لا يجوز له لباس السراويل وان لبسها افتدى وقال الشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور وداود لاشيء عليه اذا لم يجد ازارا وعمدة مذهب مالك ظاهر حديث ابن عمر المتقدم قال ولو كان في ذلك رخصة لاستثناها رسول الله صلى الله عليه وسلم كما استثنى في لبس الخفين وعمدة الطائفة الثانية حديث عمرو بن دينار عن جابر وابن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول السراويل لمن لم يجد الازار والخف لمن لم يجد النعلين وجمهور العلماء على اجازة لباس الخفين مقطوعين لمن لم يجد النعلين وقال أحمد جائز لمن لم يجد النعلين أن يلبس الخفين غير مقطوعين أخذا باطلاق حديث ابن عباس وقال عطاء في قطعهما فساد والله لا يحب الفساد واختلفوا فيمن لبسهما مقطوعين مع وجود النعلين فقال مالك عليه الفدية وبه قال أبو ثور وقال أبو حنيفة لا فدية عليه والقولان عن الشافعي وسنذكر هذا في الاحكام وأجمع العلماء على أن المحرم لا يلبس الثوب المصبوغ بالورس والزعفران لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عمر لا تلبسوا من الثياب شيأ مسه الزعفران ولا الورس واختلفوا في المعصفر فقال مالك ليس به بأس فانه ليس بطيب وقال أبو حنيفة والثوري هو طيب وفيه الفدية وحجة أبي حنيفة ما خرجه مالك عن علي أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن لبس القسي وعن لبس المعصفر وأجمعوا على أن احرام المرأة في وجهها وان لها أن تغطي رأسها وتستر شعرها وان لها أن تسدل ثوبها على وجهها من فوق رأسها سدلا خفيفا تستتر به عن نظر الرجال اليها كنحو ما روي عن عائشة أنها قالت كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن محرمون فاذا مر بنا ركب سدلنا على وجوهنا الثوب من قبل رؤسنا واذا جاوز الركب رفعناه ولم يأت تغطية وجوههن الا ما رواه مالك عن فاطمة بنت المنذر أنها قالت كنا نخمر وجوهنا ونحن محرمات مع أسماء بنت أبي بكر الصديق واختلفوا في تخمير المحرم وجهه بعد اجماعهم على أنه لا يخمر رأسه فروى مالك عن ابن عمر ان ما فوق الذقن من الرأس لا يخمره المحرم واليه ذهب مالك وروى عنه

أنه ان فعل ذلك ولم ينزعه مكانه افتدى وقال الشافعي والثوري وأحمد وداود وأبو ثور يخمر المحرم وجهه الى الحاجبين وروي من الصحابة عن عثمان وزيد بن ثابت وجابر وابن عباس وسعد بن أبي وقاص واختلفوا في لبس القفازين للمرأة فقال مالك ان لبست المرأة القفازين افتدت ورخص فيه الثوري وهو مروي عن عائشة والحجة لمالك ما خرجه أبو داود عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن النقاب والقفازين و بعض الرواة يرويه موقوفا عن ابن عمر وصححه بعض رواة الحديث أعني رفعه الى النبي عليه الصلاة والسلام فهذا هو مشهور اختلافهم واتفاقهم في اللباس وأصل الخلاف في هذا كله اختلافهم في قياس بعض المسكوت عنه على المنطوق به واحتمال اللفظ المنطوق به وثبوته أولا ثبوته * وأما الشيء الثاني من المتروكات فهو الطيب وذلك أن العلماء أجمعوا على أن الطيب كله يحرم على المحرم بالحج والعمرة في حال احرامه واختلفوا في جوازه للمحرم عند الاحرام قبل أن يحرم لما يبقى من أثره عليه بعد الاحرام فكرهه قوم وأجازه آخرون وممن كرهه مالك ورواه عن عمر بن الخطاب وهو قول عثمان وابن عمر وجماعة من التابعين وممن أجازه أبو حنيفة والشافعي والثوري وأحمد وداود والحجة لمالك رحمه الله من جهة الاثر حديث صفوان بن يعلى ثبت في الصحيحين وفيه أن رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم بجبة مضمخة بطيب فقال يا رسول الله كيف ترى في رجل أحرم بعمرة في جبة بعد ما تضمخ بطيب فأنزل الوحي على رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما أفاق قال أين السائل عن العمرة آنفا فالتمس الرجل فأتى به فقال عليه الصلاة والسلام أما الطيب الذي بك فاغسله عنك ثلاث مرات وأما الجبة فانزعها ثم اصنع ما شئت في عمرتك كما تصنع في حجتك اختصرت الحديث وفقهه هو الذي ذكرت وعمدة الفريق الثاني ما رواه مالك عن عائشة أنها قالت كنت أطيب رأس رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه قبل أن يحرم ولحله قبل أن يطوف بالبيت واعتل الفريق الاول بما روي عن عائشة أنها قالت وقد بلغها انكار ابن عمر تطيب المحرم قبل احرامه يرحم الله أبا عبد الرحمن طيبت رسول الله صلى الله عليه وسلم فطاف على نسائه ثم أصبح محرما قالوا واذا طاف على نسائه اغتسل فانما يبقى عليه أثر ريح الطيب

لاجرمه نفسه قالوا ولما كان الاجماع قد انعقد على أن كل مالا يجوز للمحرم ابتداؤه وهو محرم مثل لبس الثياب وقتل الصيد لا يجوز له استصحابه وهو محرم فوجب أن يكون الطيب كذلك فسبب الخلاف تعارض الآثار فى هذا الحكم * وأما المتروك الثالث فهو مجامعة النساء وذلك انه أجمع المسلمون على أن وطء النساء على الحاج حرام من حين يحرم لقوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال فى الحج وأما الممنوع الرابع وهو القاء التفث وازالة الشعر وقتل القمل ولكن اتفقوا على أنه يجوز له غسل رأسه من الجنابة واختلفوا فى كراهية غسله من غير الجنابة فقال الجمهور لا بأس بغسله رأسه وقال مالك بكراهية ذلك وعمدته أن عبد الله بن عمر كان لا يغسل رأسه وهو محرم الا من الاحتلام وعمدة الجمهور ما رواه مالك عن عبد الله بن جبير أن ابن عباس والمسور بن مخرمة اختلفا بالابواء فقال عبد الله يغسل المحرم رأسه وقال المسور بن مخرمة لا يغسل المحرم رأسه قال فأرسلنى عبد الله بن عباس الى أبى أيوب الانصارى قال فوجدته يغتسل بين القرنين وهو مستتر بثوب فسلمت عليه فقال من هذا فقلت عبد الله بن جبير أرسلنى اليك عبد الله بن عباس أسألك كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغسل رأسه وهو محرم فوضع أبو أيوب يده على الثوب فتطأطأ حتى بدا لى رأسه ثم قال لانسان يصب عليه اصبب فصب على رأسه ثم حرك رأسه بيديه فأقبل بهما وأدبر ثم قال هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعل وكان عمر يغسل رأسه وهو محرم ويقول ما يزيده الماء الاشعثا رواه مالك فى الموطأ وحمل مالك حديث أبى أيوب على غسل الجنابة والحجة له اجماعهم على أن المحرم ممنوع من قتل القمل ونتف الشعر والقاء التفث وهو الوسخ والغاسل راسه هو اما ان يفعل هذه كلها او بعضها واتفقوا على منع غسله راسه بالخطمى وقال مالك وابو حنيفة ان فعل ذلك افتدى وقال ابو ثور وغيره لا شئ عليه واختلفوا فى الحمام فكان مالك يكره ذلك ويرى ان على من دخله الفدية وقال ابو حنيفة والشافعى والثورى وداود لا بأس بذلك وروى عن ابن عباس دخول الحمام وهو محرم من طريقين والاحسن ان يكره دخوله لان المحرم منهى عن القاء التفث * واما المحظور الخامس فهو الاصطياد وذلك ايضا مجمع عليه لقوله سبحانه (وحرم عليكم صيد البر

مادمتم حرما) وقوله تعالى (ولا تقتلوا الصيد وأنتم حرم) وأجمعوا على انه لا يجوز له صيده ولا أكل ما صاده هو منه واختلفوا اذا صاده حلال هل يجوز للمحرم أكله على ثلاثة أقوال قول انه يجوز له أكله على الاطلاق وبه قال أبو حنيفة وهو قول عمر بن الخطاب والزبير وقال قوم هو محرّم عليه على كل حال وهو قول ابن عباس وعلى وابن عمر وبه قال الثورى وقال مالك ما لم يصد من أجل المحرم أو من أجل قوم محرمين فهو حلال وما صيد من أجل محرم فهو حرام على المحرم وسبب اختلافهم تعارض الآثار فى ذلك فأحدها ما خرجه مالك من حديث أبى قتادة أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى اذا كانوا ببعض طريق مكة تخلف مع أصحاب له محرمين وهو غير محرم فرأى حمارا وحشيا فاستوى على فرسه فسأل أصحابه أن يناولوه سوطه فأبوا عليه فسألهم رمحه فأبوا عليه فأخذه ثم شد على الحمار فقتله فأكل منه بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بعضهم فلما أدركوا رسول الله صلى الله عليه وسلم سألوه عن ذلك فقال انما هى طعمة أطعمكموها الله وجاء أيضا فى معناه حديث طلحة بن عبيد الله ذكره النسائى ان عبد الرحمن التيمى قال كنا مع طلحة بن عبيد الله ونحن محرمون فاهدى له ظبى وهو راقد فأكل بعضنا فاستيقظ طلحة فوافق على أكله وقال أكلناه مع رسول الله صلى الله عليه وسلم والحديث الثانى حديث ابن عباس خرجه أيضا مالك انه أهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم حمارا وحشيا وهو بالابواء أو بودان فرده عليه وقال انا لم نردّه عليك الا أنا حرم وللاختلاف سبب آخر وهو هل يتعلق النهى عن الأكل بشرط القتل أو يتعلق بكل واحد منهما النهى على الانفراد فمن أخذ بحديث أبى قتادة قال ان النهى انما يتعلق بالاكل مع القتل ومن أخذ بحديث ابن عباس قال النهى يتعلق بكل واحد منهما على انفراده فمن ذهب فى هذه الاحاديث مذهب الترجيح قال اما بحديث أبى قتادة واما بحديث ابن عباس ومن جمع بين الاحاديث قال بالقول الثالث قالوا والجمع أولى وأكدوا ذلك بما روى عن جابر عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال صيد البر حلال لكم وأنتم حرم ما لم تصيدوه أو يصد لكم واختلفوا فى المضطر هل يأكل الميتة أو يصيد فى الحرم فقال مالك وأبو حنيفة والثورى وزفر وجماعة اذا اضطر أكل الميتة ولحم الخنزير دون الصيد وقال أبو

يصيد ويأكل وعليه الجزاء والأول أحسن للذريعة وقول أبي يوسف اقيس لان تلك محرمة لعينها والصيد محرم لغرض من الأغراض وما حرم لعلة أخف مما حرم لعينه وما هو محرم لعينه أغلظ فهذه الخمسة اتفق المسلمون على انها من محظورات الاحرام واختلفوا في نكاح المحرم فقال مالك والشافعي والليث والاوزاعي لا ينكح المحرم ولا ينكح فان نكح فالنكاح باطل وهو قول عمر وعلي بن أبي طالب وابن عمر وزيد بن ثابت وقال أبو حنيفة والثوري لا بأس بأن ينكح المحرم أو ان ينكح والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك فأحدها ما رواه مالك من حديث عثمان ابن عفان أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب والحديث المعارض لهذا حديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نكح ميمونة وهو محرم خرجه أهل الصحاح الا انه عارضته آثار كثيرة عن ميمونة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال رويت عنها من طرق شتى عن أبي رافع وعن سليمان بن يسار وهو مولاها وعن زيد بن الاصم ويمكن الجمع بين الحديثين أن يحمل الواحد على الكراهية والثاني على الجواز فهذه هي مشهورات ما يحرم على المحرم وأما متى يحل فسنذكره عند ذكرنا أفعال الحج وذلك ان المعتمر يحل اذ طاف وسعى وحلق واختلفوا في الحاج على ما سيأتي بعد واذ قد قلنا في تروك المحرم فلنقل في أفعاله

﴿ القول في أنواع هذا النسك ﴾

والمحرمون اما محرم بعمرة مفردة أو محرم بحج مفرد أو جامع بين الحج والعمرة وهذان ضربان اما متمتع واما قارن فينبغي أولا ان نجرد أصناف هذه المناسك الثلاث ثم نقول ما يفعل المحرم في كلها وما يخص واحدا واحدا منها ان كان هنالك ما يخص وكذلك نفعل فيما بعد الاحرام من أفعال الحج ان شاء الله تعالى

﴿ القول في شرح أنواع هذه المناسك ﴾

فنقول ان الافراد هو ما يتعرى عن صفات التمتع والقران فلذلك يجب ان نبدأ أولا بصفة التمتع ثم نردف ذلك بصفة القران

﴿ القول في التمتع ﴾

فنقول ان العلماء اتفقوا على ان هذا النوع من النسك الذى هو المعنى بقوله سبحانه (فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى) هو أن يهل الرجل بالعمرة فى أشهر الحج من الميقات وذلك اذا كان مسكنه خارجا عن الحرم ثم يأتى حتى يصل البيت فيطوف لعمرته و يسعى و يحلق فى تلك الاشهر بعينها ثم يحل بمكة ثم ينشئ الحج فى ذلك العام بعينه وفى تلك الاشهر بعينها من غير أن ينصرف الى بلده الا ماروى عن الحسن انه كان يقول هو متمتع وان عاد الى بلده ولم يحج أى عليه هدى التمتع المنصوص عليه فى قوله تعالى (فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى) لانه كان يقول عمرة فى أشهر الحج متعة وقال طاوس من اعتمر فى غير أشهر الحج ثم أقام حتى الحج وحج من عامه انه متمتع واتفق العلماء على ان من لم يكن من حاضرى المسجد الحرام فهو متمتع واختلفوا فى المكى هل يقع منه التمتع أم لا يقع والذين قالوا انه يقع منه اتفقوا على انه ليس عليه دم لقوله تعالى ذلك لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام واختلفوا فيمن هو حاضر المسجد الحرام ممن ليس هو فقال مالك حاضرو المسجد الحرام هم أهل مكة وذى طوى وما كان مثل ذلك من مكة وقال أبو حنيفة هم أهل المواقيت فمن دونهم الى مكة وقال الشافعى بمصر من كان بينه و بين مكة ليلتان وهو أكثر المواقيت وقال أهل الظاهر من كان ساكن الحرم وقال الثورى هم أهل مكة فقط وأبو حنيفة يقول ان حاضرى المسجد الحرام لا يقع منهم التمتع وكره ذلك مالك وسبب الاختلاف اختلاف مايدل عليه اسم حاضرى المسجد الحرام بالأقل والاكثر ولذلك لا يشك ان أهل مكة هم من حاضرى المسجد الحرام كما لا يشك ان من خارج المواقيت ليس منهم فهذا هو نوع التمتع المشهور ومعنى التمتع انه تمتع بتحلله بين النسكين وبسقوط السفر عنه مرة ثانية الى النسك الثانى الذى هو الحج وهنا نوعان من التمتع اختلف العلماء فيهما أحدهما فسخ الحج فى عمرة وهو تحويل النية من الإحرام بالحج الى العمرة فجمهور العلماء يكرهون ذلك من الصدر الأول وفقهاء الامصار وذهب ابن عباس الى جواز ذلك وبه قال أحمد وداود وكلهم متفقون ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه عام حج بفسخ الحج فى العمرة وهو قوله عليه الصلاة والسلام لو استقبلت من أمرى ما استدبرت لما سقت

الهدى وجعلتها عمرة وأمر من لم يسق الهدى من أصحابه أن يفسخ اهلاله فى العمرة
وبهذا تمسك أهل الظاهر والجمهور رأوا ذلك من باب الخصوص لأصحاب رسول الله
صلى الله عليه وسلم واحتجوا بما روى عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن الحارث بن
بلال بن الحارث المدنى عن أبيه قال قلت يارسول الله أفسخ لنا خاصة أم لمن بعدنا قال
لنا خاصة وهذا لم يصح عند أهل الظاهر صحة يعارض بها العمل المتقدم وروى عن
عمر انه قال متعتان كانتا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أنا أنهى عنهما
وأعاقب عليهما متعة النساء ومتعة الحج وروى عن عثمان انه قال متعة الحج كانت
لنا وليست لكم وقال أبوذر ما كان لأحد بعدنا أن يحرم بالحج ثم يفسخه فى عمرة
هذا كله مع ظاهر قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله والظاهر ية على ان الاصل اتباع
فعل الصحابة حتى يدل دليل من كتاب الله أو سنة ثابتة على انه خاص فسبب
لاختلاف هل فعل الصحابة محمول على العموم أو على الخصوص وأما النوع الثانى
من التمتع فهو ما كان يذهب اليه ابن الزبير من ان التمتع الذى ذكره الله هو تمتع
المحصر بمرض أو عدوّ وذلك اذا خرج الرجل حاجا فحبسه عدوّ أو أمر تعذر به عليه
الحج حتى تذهب أيام الحج فيأتى البيت فيطوف ويسعى بين الصفا والمروة ويحل ثم
يتمتع بحله الى العام المقبل ثم يحج ويهدى وعلى هذا القول ليس يكون التمتع المشهور
جماعا وشذ طاوس أيضا فقال ان المكى اذا تمتع من بلد غير مكة كان عليه الهدى
واختلف العلماء فيمن أنشأ عمرة فى غير أشهر الحج ثم عملها فى أشهر الحج ثم حج
من عامه ذلك فقال مالك عمرته فى الشهر الذى حل فيه فان كان حل فى أشهر الحج
فهو متمتع وان كان حل فى غير أشهر الحج فليس بمتمتع وبقريب منه قال أبو حنيفة
والشافعى والثورى الا ان الثورى اشترط أن يوقع طوافه كله فى شوال وبه قال الشافعى
وقال أبو حنيفة ان طاف ثلاثة أشواط فى رمضان وأربعة فى شوال كان متمتعا وان
كان عكس ذلك لم يكن متمتعا أعنى ان يكون طاف أربعة أشواط فى رمضان
وثلاثة فى شوال وقال أبو ثور اذا دخل فى العمرة فى غير أشهر الحج فسواء طاف لها
فى أشهر الحج أو فى غير أشهر الحج لا يكون متمتعا وسبب الاختلاف هل يكون
متمتعا بايقاع احرام العمرة فى أشهر الحج فقط أم بايقاع الطواف معه ثم ان كان

بايقاع الطواف معه فهل بايقاعه كله أم أكثره فأبو ثور يقول لا يكون متمتعا الا بايقاع الاحرام فى أشهر الحج لان بالاحرام تنعقد العمرة والشافعى يقول الطواف هو أعظم أركانها فوجب أن يكون به متمتعا فالجمهور على ان من أوقع بعضها فى أشهر الحج كمن أوقعها كلها وشروط التمتع عند مالك ستة أحدها ان يجمع بين العمرة والحج فى شهر واحد والثانى أن يكون ذلك فى عام واحد والثالث أن يفعل شيأ من العمرة فى أشهر الحج والرابع ان يقدم العمرة على الحج والخامس أن ينشئ الحج بعد الفراغ من العمرة واحلاله منها والسادس أن يكون وطنه غير مكة فهذه هى صورة التمتع والاختلاف المشهور فيه والاتفاق

﴿ القول فى القارن ﴾

وأما القران فهو ان يهل بالنسكين معا أو يهل بالعمرة فى أشهر الحج ثم يردف ذلك بالحج قبل أن يحل من العمرة واختلف أصحاب مالك فى الوقت الذى يكون ذلك له فيه فقيل ذلك له مالم يشرع فى الطواف ولو شوطا واحدا وقيل مالم يطف و يركع و يكره بعد الطواف وقبل الركوع فان فعل لزمه وقيل له ذلك ما بقى عليه شئ من عمل العمرة من طواف أوسعى ما خلا انهم اتفقوا على انه اذا أهل بالحج ولم يبق عليه من أفعال العمرة الا الحلاق فانه ليس بقارن والقارن الذى يلزمه هدى المتمتع هو عند الجمهور من غير حاضرى المسجد الحرام الا ابن الماجشون من أصحاب مالك فان القارن من أهل مكة عنده عليه الهدى وأما الافراد فهو ما تعرى من هذه الصفات وهو أن لا يكون متمتعا ولا قارنا بل ان يهل بالحج فقط وقد اختلف العلماء اى أفضل هل الافراد او القران او التمتع والسبب فى اختلافهم اختلافهم فيما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم من ذلك وذلك انه روى عنه عليه الصلاة والسلام انه كان مفردا وروى انه تمتع وروى عنه انه كان قارنا فاختار مالك الافراد واعتمد فى ذلك على ماروى عن عائشة انها قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع فنامن اهل بعمرة ومنامن اهل بحج وعمرة واهل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحج ورواه عن عائشة من طرق كثيرة قال ابو عمر بن عبد البر وروى الافراد عن النبى صلى الله عليه وسلم عن جابر بن عبد الله من طرق شتى

متواترة صحاح وهو قول أبى بكر وعمر وعثمان وعائشة وجابر والذين رأوا أن النبى صلى الله عليه وسلم كان متمتعا احتجوا بما رواه الليث عن عقيل عن ابن شهاب عن سالم عن ابن عمر قال تمتع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى عام حجة الوداع بالعمرة الى الحج وأهدى وساق الهدى معه من ذى الحليفة وهو مذهب عبد الله بن عمر وابن عباس وابن الزبير واختلف عن عائشة فى التمتع والافراد واعتمد من رأى أنه عليه الصلاة والسلام كان قارنا أحاديث كثيرة منها حديث ابن عباس عن عمر بن الخطاب قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول وهو بوادى العقيق أتانى الليلة آت من ربى فقال أهل فى هذا الوادى المبارك وقل عمرة فى حجة خرجه البخارى وحديث مروان بن الحكم قال شهدت عثمان وعليا وعثمان ينهى عن المتعة وان يجمع بينهما فلما رأى ذلك على أهل بهما لبيك بعمرة وحجة وقال ما كنت لادع سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لقول أحد خرجه البخارى وحديث أنس خرجه البخارى أيضا قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لبيك عمرة وحجة وحديث مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع فأهللنا بعمرة ثم قال رسول الله من كان معه هدى فليهل بالحج مع العمرة ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعا واحتجوا فقالوا ومعلوم أنه كان معه صلى الله عليه وسلم هدى ويبعد أن يأمر بالقران من معه هدى ويكون معه الهدى ولا يكون قارنا وحديث مالك أيضا عن نافع عن ابن عمر عن حفصة عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال انى قلدت هديى ولبدت رأسى فلا أحل حتى أنحر هديى وقال أحمد لا أشك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان قارنا والتمتع أحب الىّ واحتج فى اختياره التمتع بقوله عليه الصلاة والسلام لو استقبلت من أمرى ما استدبرت ما سقت الهدى ولجعلتها عمرة واحتج من طريق المعنى من رأى ان الافراد أفضل ان التمتع والقران رخصة ولذلك وجب فيهما الدم واذ قلنا فى وجوب هذا النسك وعلى من يجب وما شروط وجوبه ومتى يجب وفى أىّ وقت يجب ومن أى مكان يجب وقلنا بعد ذلك فيما يجتنبه المحرم مما هو محرم ثم قلنا أيضا فى أنواع هذا النسك يجب أن نقول فى أول أفعال الحاج أو المعتمر وهو الاحرام

(القول فى الاحرام)

واتفق جمهور العلماء على أن الغسل للاهلال سنة وانه من أفعال المحرم حتى قال ابن نوار ان هذا الغسل للاهلال عند مالك أوكد من غسل الجمعة وقال اهل الظاهر هو واجب وقال أبو حنيفة والثورى يجزئ منه الوضوء وحجة أهل الظاهر مرسل مالك من حديث أسماء بنت عميس انها ولدت محمد بن أبى بكر بالبيداء فذكر ذلك أبو بكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مرها فلتغتسل ثم لتهل والأمر عندهم على الوجوب وعمدة الجمهور ان الأصل هو براءة الذمة حتى يثبت الوجوب بأمر لا مدفع فيه وكان عبد الله بن عمر يغتسل لاحرامه قبل أن يحرم ولدخوله مكة ولوقوفه عشية يوم عرفة ومالك يرى هذه الاغتسالات الثلاث من أفعال المحرم واتفقوا على أن الاحرام لا يكون الا بنية واختلفوا هل تجزئ النية فيه من غير التلبية فقال مالك والشافعى تجزئ النية من غير التلبية وقال أبو حنيفة التلبية فى الحج كالتكبيرة فى الاحرام بالصلاة الا أنه يجزئ عنده كل لفظ يقوم مقام التلبية كما يجزئ عنده فى افتتاح الصلاة كل لفظ يقوم مقام التكبير وهو كل ما يدل على التعظيم واتفق العلماء على أن لفظ تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم لبيك اللهم لبيك لبيك لا شريك لك لبيك ان الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك وهى من رواية مالك عن نافع عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم وهو أصح سندا واختلفوا فى هل هى واجبة بهذا اللفظ أم لا فقال أهل الظاهر هى واجبة بهذا اللفظ ولا خلاف عند الجمهور فى استحباب هذا اللفظ وانما اختلفوا فى الزيادة عليه أو فى تبديله وأوجب أهل الظاهر رفع الصوت بالتلبية وهو مستحب عند الجمهور لما رواه مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أتانى جبريل فأمرنى أن آمر أصحابى ومن معى أن يرفعوا أصواتهم بالتلبية وبالاهلال وأجمع أهل العلم على أن تلبية المرأة فيما حكاه أبو عمر هو أن تسمع نفسها بالقول وقال مالك لا يرفع المحرم صوته فى مساجد الجماعة بل يكفيه أن يسمع من يليه الا فى المسجد الحرام ومسجد منى فانه يرفع صوته فيهما واستحب الجمهور رفع الصوت عند التقاء الرفاق وعند الاطلال على شرف من

الأرض وقال أبو حازم كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يبلغون الروحاء حتى تبح حلوقهم وكان مالك لا يرى التلبية من أركان الحج ويرى على تاركها دما وكان غيره يراها من أركانه وحجة من رآها واجبة أن أفعاله صلى الله عليه وسلم اذا أتت بيانا لواجب أنها محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني مناسككم وبهذا يحتج من أوجب لفظه فيها فقط ومن لم ير وجوب لفظه فاعتمد في ذلك على ما روى من حديث جابر قال أهل رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر التلبية التي في حديث ابن عمر وقال في حديثه والناس يزيدون على ذلك لبيك ذا المعارج ونحوه من الكلام والنبي يسمع ولا يقول شيأ وما روى عن ابن عمر انه كان يزيد في التلبية وعن عمر بن الخطاب وعن أنس وغيره واستحب العلماء أن يكون ابتداء المحرم بالتلبية بأثر صلاة يصليها فكان مالك يستحب ذلك بأثر نافلة لما روى من مرسله عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي في مسجد ذي الحليفة ركعتين فاذا استوت به راحلته أهل واختلفت الآثار في الموضع الذي أحرم منه رسول الله صلى الله عليه وسلم بحجته من أقطار ذي الحليفة فقال قوم من مسجد ذي الحليفة بعد أن صلى فيه وقال آخرون انما أحرم حين أطل على البيداء وقال قوم انما أهل حين استوت به راحلته وسئل ابن عباس عن اختلافهم في ذلك فقال كل حدث لا عن أول اهلاله عليه الصلاة والسلام بل عن أول اهلال سمعه وذلك ان الناس يأتون متسابقين فعلى هذا لا يكون في هذا اختلاف ويكون الاهلال اثر الصلاة وأجمع فقهاء الأمصار على أن المكي لا يلزمه الاهلال حتى اذا خرج الى منى ليتصل له عمل الحج وعمدتهم ما رواه مالك عن ابن جريج أنه قال لعبد الله بن عمر رأيتك تفعل هنا أربعا لم أر أحدا يفعلها فذكرها ورأيتك اذا كنت بمكة أهل الناس اذا رأوا الهلال ولم تهل أنت الى يوم التروية فأجابه ابن عمر أما الاهلال فاني لم أر رسول الله صلى الله عليه وسلم يهل حتى تنبعث به راحلته يريد حتى يتصل له عمل الحج وروى مالك أن عمر بن الخطاب كان يأمر أهل مكة أن يهلوا اذا رأوا الهلال ولا خلاف عندهم ان المكي لا يهل الا من جوف مكة اذا كان حاجا وأما اذا كان معتمرا فانهم أجمعوا على انه يلزمه أن يخرج الى الحل ثم يحرم منه ليجمع

بين الحل والحرم كما يجمع الحاج أعنى لأنه يخرج الى عرفة وهو حل وبالجملة فاتفقوا على انها سنة المعتمر واختلفوا ان لم يفعل فقال قوم يجزيه وعليه دم وبه قال أبو حنيفة وابن القاسم . وقال آخرون لا يجزيه وهو قول الثورى وأشهب وأما متى يقطع المحرم التلبية فانهم اختلفوا فى ذلك فروى مالك ان على بن أبى طالب رضى الله عنه كان يقطع التلبية اذا زاغت الشمس من يوم عرفة وقال مالك وذلك الأمر الذى لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا وقال ابن شهاب كانت الأئمة أبو بكر وعمر وعثمان وعلى يقطعون التلبية عند زوال الشمس من يوم عرفة قال أبو عمر بن عبد البر واختلف فى ذلك عن عثمان وعائشة وقال جمهور فقهاء الأمصار وأهل الحديث أبو حنيفة والشافعى والثورى وأحمد واسحق وأبو ثور وداود وابن أبى ليلى وأبو عبيد والطبرى والحسن بن حي ان المحرم لا يقطع التلبية حتى يرمى جمرة العقبة لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يزل يلبى حتى رمى جمرة العقبة الا أنهم اختلفوا متى يقطعها فقال قوم اذا رماها بأسرها لما روى عن ابن عباس ان الفضل ابن عباس كان رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم وانه لبى حتى رمى جمرة العقبة وقطع التلبية فى آخر حصاة وقال قوم بل يقطعها فى أوّل جمرة يلقيها روى ذلك عن ابن مسعود وروى فى وقت قطع التلبية أقاويل غير هذه الا أن هذين القولين هما المشهوران واختلفوا فى وقت قطع التلبية بالعمرة فقال مالك يقطع التلبية اذا انتهى الى الحرم وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى اذا افتتح الطواف وسلف مالك فى ذلك ابن عمر وعروة وعمدة الشافعى ان التلبية معناها اجابة الى الطواف بالبيت فلا تنقطع حتى يشرع فى العمل وسبب الخلاف معارضة القياس لفعل بعض الصحابة وجمهور العلماء كما قلنا متفقون على ادخال المحرم الحج على العمرة ويختلفون فى ادخال العمرة على الحج وقال أبو ثور لا يدخل حج على عمرة ولا عمرة على حج كما لا تدخل صلاة على صلاة فهذه هى أفعال المحرم بما هو محرم وهو أوّل أفعال الحج وأما الفعل الذى بعد هذا فهو الطواف عند دخول مكة فلنقل فى الطواف

﴿ القول فى الطواف بالبيت والكلام فى الطواف فى صفته وشروطه وحكمه فى الوجوب أو الندب وفى أعداده ﴾

(القول فى الصفة)

والجمهور مجمعون على أن صفة كل طواف واجبا كان أو غير واجب أن يبتدئ من الحجر الأسود فان استطاع أن يقبله قبله أو يلمسه بيده ويقبلها ان أمكنه ثم يجعل البيت على يساره ويمضى على يمينه فيطوف سبعة أشواط يرمل فى الثلاثة الاشواط الأول ثم يمشى فى الأربعة وذلك فى طواف القدوم على مكة وذلك للحاج وللمعتمر دون المتمتع وأنه لا رمل على النساء ويستلم الركن اليمانى وهو الذى على قطر الركن الأسود لثبوت هذه الصفة من فعله صلى الله عليه وسلم واختلفوا فى حكم الرمل فى الثلاثة الاشواط الأول للقادم هل هو سنة أو فضيلة فقال ابن عباس هو سنة وبه قال الشافعى وأبو حنيفة واسحق وأحمد وأبو ثور واختلف قول مالك فى ذلك وأصحابه والفرق بين القولين ان من جعله سنة أوجب فى تركه الدم ومن لم يجعله سنة لم يوجب فى تركه شيأ واحتج من لم ير الرمل سنة بحديث ابن الطفيل عن ابن عباس قال قلت لابن عباس زعم قومك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين طاف بالبيت رمل وان ذلك سنة فقال صدقوا وكذبوا قال قلت ما صدقوا وما كذبوا قال صدقوا رمل رسول الله صلى الله عليه وسلم حين طاف بالبيت وكذبوا ليس بسنة ان قريشا زمن الحديبية قالوا ان به وبأصحابه هزالا وقعدوا على قعيقعان ينظرون الى النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه فبلغ ذلك النبى صلى الله عليه وسلم فقال لاصحابه ارملوا أروهم ان بكم قوة فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يرمل من الحجر الأسود الى اليمانى فاذ توارى عنهم مشى وحجة الجمهور حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رمل الثلاثة الأشواط فى حجة الوداع ومشى أربعا وهو حديث ثابت من رواية مالك وغيره قالوا وقد اختلف على أبى الطفيل عن ابن عباس فروى عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رمل من الحجر الأسود الى الحجر الاسود وذلك بخلاف الرواية الأولى وعلى أصول الظاهرية يجب الرمل لقوله خذوا عنى مناسككم وهو قولهم أو قول بعضهم الآن فيما أظن وأجمعوا على أنه لا رمل على من أحرم بالحج من مكة من غير أهلها وهم المتمتعون لأنهم قد رملوا فى حين دخولهم حين طافوا للقدوم واختلفوا فى أهل مكة هل عليهم اذا حجوا رمل أم لا فقال الشافعى كل طواف قبل عرفة مما يوصل بينه وبين

السعى فانه يرمل فيه وكان مالك يستحب ذلك وكان ابن عمر لا يرى عليهم رملا اذا طافوا بالبيت على ماروى عنه مالك وسبب الخلاف هل الرمل كان لعلة أو لغير علة وهل هو مختص بالمسافر أم لا وذلك أنه كان عليه الصلاة والسلام حين رمل واردا على مكة واتفقوا على أن من سنة الطواف استلام الركنين الأسود واليمانى للرجال دون النساء واختلفوا هل تستلم الأركان كلها أم لا فذهب الجمهور الى أنه انما يستلم الركنان فقط لحديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن يستلم الا الركنين فقط واحتج من رأى استلام جميعها بما روى عن جابر قال كنا نرى اذا طفنا أن نستلم الأركان كلها وكان بعض السلف لا يحب ان يستلم الركنين الا فى الوتر من الأشواط وكذلك اجمعوا على ان تقبيل الحجر الأسود خاصة من سنن الطواف ان قدر وان لم يقدر على الدخول اليه قبل يده وذلك لحديث عمر ابن الخطاب الذى رواه مالك انه قال وهو يطوف بالبيت حين بلغ الحجر الأسود انما انت حجر ولولا انى رايت رسول الله قبلك ماقبلتك ثم قبله واجمعوا على ان من سنة الطواف ركعتين بعد انقضاء الطواف وجمهورهم على انه يأتى بها الطائف عند انقضاء كل اسبوع ان طاف اكثر من اسبوع واحد واجاز بعض السلف ان لا يفرق بين الأسابيع وان لا يفصل بينهما بركوع ثم يركع لكل اسبوع ركعتين وهو مروى عن عائشة انها كانت لا تفرق بين ثلاثة الأسابيع ثم تركع ست ركعات وحجة الجمهور ان رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت سبعا وصلى خلف المقام ركعتين وقال خذوا عنى مناسككم وحجة من اجاز الجمع انه قال المقصود انما هو ركعتان لكل اسبوع والطواف ليس له وقت معلوم ولا الركعتان المسنونتان بعده فجاز الجمع بين اكثر من ركعتين لأكثر من اسبوعين وانما استحب من يرى ان يفرق بين ثلاثة الأسابيع لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف الى الركعتين بعد وتر من طوافه ومن طاف اسابيع غير وتر ثم عاد اليها لم ينصرف عن وتر من طوافه

(القول فى شروطه)

واما شروطه فان منها حد موضعه وجمهور العلماء على ان الحجر من البيت وان من طاف بالبيت لزمه ادخال الحجر فيه وانه شرط فى صحة طواف الافاضة وقال ابو حنيفة

وأصحابه هو سنة وحجة الجمهور مارواه مالك عن عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لولا حدثان قومك بالكفر لهدمت الكعبة ولصيرتها على قواعد ابراهيم فانهم تركوا منها سبعة أذرع من الحجر ضاقت بهم النفقة والخشب وهو قول ابن عباس وكان يحتج بقوله تعالى وليطوّفوا بالبيت العتيق ثم يقول طاف رسول الله صلى الله عليه وسلم من وراء الحجر وحجة أبي حنيفة ظاهر الآية وأماوقت جوازه فانهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال أحدها اجازة الطواف بعد الصبح والعصر ومنعه وقت الطلوع والغروب وهو مذهب عمر بن الخطاب وأبي سعيد الخدري و به قال مالك وأصحابه وجماعة والقول الثاني كراهيته بعد الصبح والعصر ومنعه عند الطلوع والغروب و به قال سعيد بن جبير ومجاهد وجماعة والقول الثالث اباحة ذلك في هذه الأوقات كلها و به قال الشافعي وجماعة وأصول أدلتهم راجعة الى منع الصلاة في هذه الاوقات أواباحتها أماوقت الطلوع والغروب فالآثار متفقة على منع الصلاة فيها والطواف هل هو ملحق بالصلاة في ذلك الخلاف ومما احتجت به الشافعية حديث جبير بن مطعم أن النبي عليه الصلاة والسلام قال يابني عبد مناف أو يابني عبد المطلب ان وليتم من هذا الأمر شيأ فلا تمنعوا أحدا طاف بهذا البيت أن يصلي فيه أي ساعة شاء من ليل أونهار رواه الشافعي وغيره عن ابن عيينة بسنده الى جبير بن مطعم * واختلفوا في جواز الطواف بغير طهارة مع اجماعهم على أن من سنته الطهارة فقال مالك والشافعي لايجزئ طواف بغير طهارة لاعمدا ولاسهوا وقال أبو حنيفة يجزئ ويستحب له الاعادة وعليه دم وقال أبو ثور اذا طاف على غير وضوء أجزأه طوافه ان كان لايعلم ولايجزئه ان كان يعلم والشافعي يشترط طهارة ثوب الطائف كاشتراط ذلك للمصلي وعمدة من شرط الطهارة في الطواف قوله صلى الله عليه وسلم للحائض وهي أسماء بنت عميس اصنعي مايصنع الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت وهو حديث صحيح وقد يحتجون أيضا بما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال الطواف بالبيت صلاة الا أن الله أحل فيه النطق فلا ينطق الا بخير وعمدة من أجاز الطواف بغير طهارة اجماع العلماء على جواز السعي بين الصفا والمروة من غير طهارة وانه ليس كل عبادة يشترط فيها الطهر من الحيض من شرطها الطهر من الحدث أصله الصوم

﴿ القول فى أعداده وأحكامه ﴾

وأما أعداده فان العلماء أجمعوا على أن الطواف ثلاثة أنواع طواف القدوم على مكة وطواف الافاضة بعد رمى جمرة العقبة يوم النحر وطواف الوداع وأجمعوا على أن الواجب منها الذى يفوت الحج بفواته هو طواف الافاضة وانه المعنى بقوله تعالى (ثم ليقضوا تفثهم وليوفوا نذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق) وأنه لايجزىء عنه دم وجمهورهم على أنه لايجزىء طواف القدوم على مكة عن طواف الافاضة اذا نسى طواف الافاضة لكونه قبل يوم النحر وقالت طائفة من أصحاب مالك ان طواف القدوم يجزىء عن طواف الافاضة كأنهم رأوا أن الواجب انما هو طواف واحد وجمهور العلماء على ان طواف الوداع يجزىء عن طواف الافاضة ان لم يكن طاف طواف الافاضة لأنه طواف بالبيت معمول فى وقت طواف الوجوب الذى هو طواف الافاضة بخلاف طواف القدوم الذى هو قبل وقت طواف الافاضة وأجمعوا فيما حكاه أبو عمر بن عبد البر أن طواف القدوم والوداع من سنة الحاج الا لخائف فوات الحج فانه يجزىء عنه طواف الافاضة واستحب جماعة من العلماء لمن عرض له هذا أن يرمل فى الأشواط الثلاثة من طواف الافاضة على سنة طواف القدوم من الرمل وأجمعوا على أن المكى ليس عليه الا طواف الافاضة كما أجمعوا على انه ليس على المعتمر الا طواف القدوم وأجمعوا ان من تمتع بالعمرة الى الحج ان عليه طوافين طوافا للعمرة لحله منها وطوافا للحج يوم النحر على مافى حديث عائشة المشهور وأما المفرد للحج فليس عليه الا طواف واحد كما قلنا يوم النحر واختلفوا فى القارن فقال مالك والشافعى وأحمد وأبو ثور يجزىء القارن طواف واحدا وسعى واحد وهو مذهب عبد الله بن عمر وجابر وعمدتهم حديث عائشة المتقدم وقال الثورى والاوزاعى وأبو حنيفة وابن أبى ليلى على القارن طوافان وسعيان ورووا هذا عن على وابن مسعود لانهما نسكان من شرط كل واحد منهما اذا انفرد طوافه وسعيه فوجب أن يكون الأمر كذلك اذا اجتمعا فهذا هو القول فى وجوب هذا الفعل وصفته وشروطه وعدده ووقته وصفته والذى يتلو هذا الفعل من أفعال الحج أعنى طواف القدوم هو السعى بين الصفا والمروة وهو الفعل الثالث للاحرام فلنقل فيه

﴿ القول فى السعى بين الصفا والمروة والقول فى السعى فى حكمه وفى صفته وفى شروطه وفى ترتيبه ﴾

﴿ القول فى حكمه ﴾

أما حكمه فقال مالك والشافعى هو واجب وان لم يسع كان عليه حج قابل وبه قال أحمد واسحق وقال الكوفيون هو سنة واذا رجع الى بلاده ولم يسع كان عليه دم وقال بعضهم هو تطوّع ولا شئ على تاركه فعمدة من أوجبه ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسعى ويقول اسعوا فان الله كتب عليكم السعى روى هذا الحديث الشافعى عن عبد الله بن المؤمل وأيضا فان الأصل ان أفعاله عليه الصلاة والسلام فى هذه العبادة محمولة على الوجوب الا ما أخرجه الدليل من سماع أو اجماع أو قياس عند أصحاب القياس وعمدة من لم يوجبه قوله تعالى (ان الصفا والمروة من شعائر الله فمن حج البيت أو اعتمر فلا جناح عليه أن يطوّف بهما) قالوا ان معناه أن لا يطوّف وهى قراءة ابن مسعود وكما قال سبحانه (يبين الله لكم أن تضلوا) معناه أى لا تضلوا وضعفوا حديث ابن المؤمل وقالت عائشة الآية على ظاهرها وانما نزلت فى الانصار تحرجوا أن يسعوا بين الصفا والمروة على ما كانوا يسعون عليه فى الجاهلية لانه كان موضع ذبائح المشركين وقد قيل انهم كانوا لا يسعون بين الصفا والمروة تعظيما لبعض الاصنام فسألوا عن ذلك فنزلت هذه الآية مبيحة لهم وانما صار الجهور الى أنها من أفعال الحج لانها صفة فعله صلى الله عليه وسلم تواترت بذلك الآثار أعنى وصل السعى بالطواف

﴿ القول فى صفته ﴾

وأما صفته فان جهور العلماء على أن من سنة السعى بين الصفا والمروة أن ينحدر الراقى على الصفا بعد الفراغ من الدعاء فيمشى على جبلته حتى يبلغ بطن المسيل فيرمل فيه حتى يقطعه الى ما يلى المروة فاذا قطع ذلك وجاوزه مشى على سجيته حتى يأتى المروة فيرقى عليها حتى يبدو له البيت ثم يقول عليها نحوا مما قاله من الدعاء والتكبير على الصفا وان وقف أسفل المروة أجزأه عند جيعهم ثم ينزل عن المروة فيمشى على سجيته حتى ينتهى الى بطن المسيل فاذا انتهى اليه رمل حتى يقطعه الى

الجانب الذى يلى الصفا يفعل ذلك سبع مرات يبدأ فى كل ذلك بالصفا ويختم بالمروة فان بدأ بالمروة قبل الصفا ألغى ذلك الشوط لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم نبدأ بما بدأ الله به نبدأ بالصفا يريد قوله تعالى (ان الصفا والمروة من شعائر الله) وقال عطاء ان جهل فبدأ بالمروة أجزأ عنه وأجمعوا على انه ليس فى وقت السعى قول محدود فانه موضع دعاء وثبت من حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا وقف على الصفا يكبر ثلاثا ويقول لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شئ قدير يصنع ذلك ثلاث مرات ويدعو ويصنع على المروة مثل ذلك

﴿ القول فى شروطه ﴾

وأما شروطه فانهم اتفقوا على أن من شرطه الطهارة من الحيض كالطواف سواء لقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث عائشة افعلى كل ما يفعل الحاج غير أن لا تطوفى بالبيت ولا تسعى بين الصفا والمروة انفرد بهذه الزيادة يحيى عن مالك دون من روى عنه هذا الحديث ولا خلاف بينهم ان الطهارة ليست من شرطه الا الحسن فانه شبهه بالطواف

﴿ القول فى ترتيبه ﴾

وأما ترتيبه فان جمهور العلماء اتفقوا على أن السعى انما يكون بعد الطواف وان من سعى قبل أن يطوف بالبيت يرجع فيطوف وان خرج عن مكة فان جهل ذلك حتى أصاب النساء فى العمرة أو فى الحج كان عليه حج قابل والهدى أو عمرة أخرى وقال الثورى ان فعل ذلك فلا شئ عليه وقال أبو حنيفة اذا خرج من مكة فليس عليه أن يعود وعليه دم فهذا هو القول فى حكم السعى وصفته وشروطه المشهورة وترتيبه

﴿ الخروج الى عرفة ﴾

وأما الفعل الذى يلى هذا الفعل للحاج فهو الخروج يوم التروية الى منى والمبيت بها ليلة عرفة واتفقوا على أن الامام يصلى بالناس بمنى يوم التروية الظهر والعصر والمغرب والعشاء بها مقصورة الا أنهم أجمعوا على ان هذا الفعل ليس شرطا فى صحة الحج لمن ضاق عليه الوقت ثم اذا كان يوم عرفة مشى الامام مع الناس من منى الى عرفة ووقفوا بها

﴿ الوقوف بعرفة ﴾

والقول في هذا الفعل ينحصر في معرفة حكمه وفي صفته وفي شروطه أما حكم الوقوف بعرفة فانهم أجمعوا على انه ركن من أركان الحج وان من فاته فعليه حج قابل والهدى في قول أكثرهم لقوله عليه الصلاة والسلام الحج عرفة وأما صفته فهو أن يصل الامام الى عرفة يوم عرفة قبل الزوال فاذازالت الشمس خطب الناس ثم جمع بين الظهر والعصر في أول وقت الظهر ثم وقف حتى تغيب الشمس وانما اتفقوا على هذا لأن هذه الصفة هي مجمع عليها من فعله صلى الله عليه وسلم ولا خلاف بينهم أن اقامة الحج هي للسلطان الأعظم أولمن يقيمه السلطان الأعظم لذلك وأنه يصلى وراءه برا كان السلطان أوفاجرا أو مبتدعا وان السنة في ذلك أن يأتي المسجد بعرفة يوم عرفة مع الناس فاذازالت الشمس خطب الناس كما قلنا وجمع بين الظهر والعصر واختلفوا في وقت أذان المؤذن بعرفة للظهر والعصر فقال مالك يخطب الامام حتى يمضى صدرا من خطبته أو بعضها ثم يؤذن المؤذن وهو يخطب وقال الشافعي يؤذن اذا أخذ الامام في الخطبة الثانية وقال أبو حنيفة اذا صعد الامام المنبر أمر المؤذن بالاذان فأذن كالحال في الجمعة فاذا فرغ المؤذن قام الامام يخطب ثم ينزل ويقيم المؤذن الصلاة وبه قال أبو ثور تشبيها بالجمعة وقد حكى ابن نافع عن مالك أنه قال الأذان بعرفة بعد جلوس الامام للخطبة وفي حديث جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم لما زاغت الشمس أمر بالقصواء فرحلت له وأتى بطن الوادى فخطب الناس ثم أذن بلال ثم أقام فصلى الظهر ثم اقام فصلى العصر ولم يصل بينهما شيأ ثم راح الى الموقف واختلفوا هل يجمع بين هاتين الصلاتين بأذانين واقامتين او بأذان واحد واقامتين فقال مالك يجمع بينهما بأذانين واقامتين وقال الشافعي وابو حنيفة والثوري وابو ثور وجماعة يجمع بينهما بأذان واحد واقامتين وروى عن مالك مثل قولهم وروى عن أحمد انه يجمع بينهما باقامتين والحجة للشافعي حديث جابر الطويل في صفة حجه عليه الصلاة والسلام وفيه أنه صلى الظهر والعصر بأذان واحد واقامتين كما قلنا وقول مالك مروى عن ابن مسعود وحجته ان الاصل هو ان تفرد كل صلاة بأذان واقامة ولا خلاف بين العلماء ان الامام لولم يخطب يوم عرفة قبل الظهر ان صلاته جائزة

بخلاف الجمعة وكذلك اجمعوا ان القراءة فى هذه الصلاة سر وانها مقصورة اذا كان الامام مسافرا واختلفوا اذا كان الامام مكيا هل يقصر بمنى الصلاة يوم التروية و بعرفة يوم عرفة و بالمزدلفة ليلة النحر ان كان من احد هذه المواضع فقال مالك والأوزاعى وجماعة سنة هذه المواضع التقصير سواء كان من اهلها ولم يكن وقال الثورى وابو حنيفة والشافعى وابو ثور وداود لايجوز ان يقصر من كان من اهل ذلك المواضع وحجة مالك انه لم يرو ان احدا أتم الصلاة معه صلى الله عليه وسلم اعنى بعد سلامه منها وحجة الفريق الثانى البقاء على الاصل المعروف ان القصر لايجوز الا للمسافر حتى يدل الدليل على التخصيص واختلف العلماء فى وجوب الجمعة بعرفة ومنى فقال مالك لاتجب الجمعة بعرفة ولا بمنى ايام الحج لالأهل مكة ولا لغيرهم الا ان يكون الامام من اهل عرفة وقال الشافعى مثل ذلك الا انه يشترط فى وجوب الجمعة ان يكون هنالك من اهل عرفة اربعون رجلا على مذهبه فى اشتراط هذا العدد فى الجمعة وقال ابو حنيفة اذا كان امير الحج ممن لا يقصر الصلاة بمنى ولا بعرفة صلى بهم فيها الجمعة اذا صادفها وقال احمد اذا كان والى مكة يجمع بهم وبه قال ابو ثور ﴿واما شروطه﴾ فهو الوقوف بعرفة بعد الصلاة وذلك انه لم يختلف العلماء ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ما صلى الظهر والعصر بعرفة ارتفع فوقف بجبالها داعيا الى الله تعالى ووقف معه كل من حضر الى غروب الشمس وانه لما استيقن غروبها وبان له ذلك دفع منها الى المزدلفة ولا خلاف بينهم ان هذا هو سنة الوقوف بعرفة واجمعوا على ان من وقف بعرفة قبل الزوال وافاض منها قبل الزوال انه لا يعتد بوقوفه ذلك وانه ان لم يرجع فيقف بعد الزوال او يقف من ليلته تلك قبل طلوع الفجر فقد فاته الحج وروى عن عبد الله بن معمر الديلى قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الحج عرفات فمن ادرك عرفة قبل ان يطلع الفجر فقد ادرك وهو حديث انفرد به هذا الرجل من الصحابة الا انه مجمع عليه واختلفوا فيمن وقف بعرفة بعد الزوال ثم دفع منها قبل غروب الشمس فقال مالك عليه حج قابل الا ان يرجع قبل الفجر وان دفع منها قبل الامام و بعد الغيبوبة أجزأه و بالجملة فشرط صحة الوقوف عنده هو ان يقف ليلا وقال جمهور العلماء من وقف بعرفة بعد الزوال

فحجه تام وان دفع قبل الغروب الا أنهم اختلفوا فى وجوب الدم عليه وعمدة الجهور حديث عروة بن مضرس وهو حديث مجمع على صحته قال أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بجمع فقلت له هل لى من حج فقال من صلى هذه الصلاة معنا ووقف هذا الموقف حتى نفيض أو أفاض قبل ذلك من عرفات ليلا أو نهارا فقد تم حجه وقضى تفثه وأجمعوا على أن المراد بقوله فى هذا الحديث نهارا أنه بعد الزوال ومن اشترط الليل احتج بوقوفه بعرفة صلى الله عليه وسلم حين غربت الشمس لكن للجمهور أن يقولوا ان وقوفه بعرفة الى المغيب قد نبأ حديث عروة بن مضرس أنه على جهة الأفضل اذ كان مخيرا بين ذلك وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم من طرق أنه قال عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف الا بطن محسر ومنى كلها منحر وفجاج مكة منحر ومبيت واختلف العلماء فيمن وقف من عرفة بعرنة فقيل حجه تام وعليه دم و به قال مالك وقال الشافعى لا حج له وعمدة من أبطل الحج النهى الوارد عن ذلك فى الحديث وعمدة من لم يبطله ان الأصل ان الوقوف بكل عرفة جائز الا ما قام عليه الدليل قالوا ولم يأت هذا الحديث من وجه تلزم به الحجة والخروج عن الأصل فهذا هو القول فى السنن التى فى يوم عرفة وأما الفعل الذى يلى الوقوف بعرفة من أفعال الحج فهو النهوض الى المزدلفة بعد غيبة الشمس وما يفعل بها فلننقل فيه

﴿ القول فى أفعال المزدلفة ﴾

والقول الجلى أيضا فى هذا الموضع ينحصر فى معرفة حكمه وفى صفته وفى وقته فأما كون هذا الفعل من أركان الحج فالأصل فيه قوله سبحانه (فاذكروا الله عند المشعر الحرام واذكروه كما هداكم) وأجمعوا على أن من بات بالمزدلفة ليلة النحر وجمع فيها بين المغرب والعشاء مع الامام ووقف بعد صلاة الصبح الى الاسفار بعد الوقوف بعرفة ان حجه تام وذلك انها الصفة التى فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا هل الوقوف بها بعد صلاة الصبح والمبيت بها من سنن الحج أو من فروضه فقال الأوزاعى وجماعة من التابعين هو من فروض الحج ومن فاته كان عليه حج قابل والهدى وفقهاء الأمصار يرون أنه ليس من فروض الحج وان من فاته الوقوف

بالمزدلفة والمبيت بها فعليه دم وقال الشافعى ان دفع منها الى بعد نصف الليل الاول ولم يصل بها فعليه دم وعمدة الجمهور ما صح عنه أنه صلى الله عليه وسلم قدم ضعفة أهله ليلا فلم يشاهدوا معه صلاة الصبح بها وعمدة الفريق الأول قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث عروة بن المضرس وهو حديث متفق على صحته من أدرك معنا هذه الصلاة يعنى صلاة الصبح بجمع وكان قد أتى قبل ذلك عرفات ليلا أو نهارا فقد تم حجه وقضى تفثه وقوله تعالى (فاذا أفضتم من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام واذكروه كما هداكم) ومن حجة الفريق الأول ان المسلمين قد أجمعوا على ترك الأخذ بجميع ما فى هذا الحديث وذلك ان أكثرهم على أن من وقف بالمزدلفة ليلا ودفع منها الى قبل الصبح ان حجه تام وكذلك من بات فيها ونام عن الصلاة وكذلك أجمعوا على أنه لو وقف بالمزدلفة ولم يذكر الله ان حجه تام وفى ذلك أيضا ما يضعف احتجاجهم بظاهر الآية والمزدلفة وجمع هما اسمان لهذا الموضع وسنة الحج فيها كما قلنا أن يبيت الناس بها ويجمعون بين المغرب والعشاء فى أول وقت العشاء ويغلسوا بالصبح فيها

﴿ القول فى رمى الجمار ﴾

وأما الفعل الذى بعد هذا فهو رمى الجمار وذلك ان المسلمين اتفقوا على أن النبى صلى الله عليه وسلم وقف بالمشعر الحرام وهى المزدلفة بعد ما صلى الفجر ثم دفع منها قبل طلوع الشمس الى منى وأنه فى هذا اليوم وهو يوم النحر رمى جمرة العقبة من بعد طلوع الشمس وأجمع المسلمون ان من رماها فى هذا اليوم فى ذلك الوقت أعنى بعد طلوع الشمس الى زوالها فقد رماها فى وقتها وأجمعوا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يرم يوم النحر من الجمرات غيرها واختلفوا فيمن رمى جمرة العقبة قبل طلوع الفجر فقال مالك لم يبلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لاحد أن يرمى قبل طلوع الفجر ولا يجوز ذلك فان رماها قبل الفجر أعادها وبه قال أبو حنيفة وسفيان وأحمد وقال الشافعى لا بأس به وان كان المستحب هو بعد طلوع الشمس فحجة من منع ذلك فعله صلى الله عليه وسلم مع قوله خذوا عنى مناسككم وما روى عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم ضعفة أهله وقال لا ترموا الجمرة حتى تطلع

الشمس وعمدة من جوّز رميها قبل الفجر حديث أم سلمة خرجه أبو داود وغيره وهو أن عائشة قالت أرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم لام سلمة يوم النحر فرمت الجمرة قبل الفجر ومضت فأفاضت وكان ذلك اليوم الذى يكون رسول الله صلى الله عليه وسلم عندها وحديث أسماء انها رمت الجمرة بليل وقالت انا كنا نصنعه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأجمع العلماء أن الوقت المستحب لرمى جمرة العقبة هو من لدن طلوع الشمس الى وقت الزوال وانه ان رماها قبل غروب الشمس من يوم النحر أجزأ عنه ولا شئ عليه الا مالكا فانه قال أستحب له أن يريق دما واختلفوا فيمن لم يرمها حتى غابت الشمس فرماها من الليل أو من الغد فقال مالك عليه دم وقال أبو حنيفة ان رمى من الليل فلا شئ عليه وان أخرها الى الغد فعليه دم وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى لا شئ عليه ان أخرها الى الليل أو الى الغد وحجتهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لرعاة الابل فى مثل ذلك أعنى أن يرموا ليلا وفى حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له السائل يارسول الله رميت بعدما أمسيت قال له لا حرج وعمدة مالك ان ذلك الوقت المتفق عليه الذى رمى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم هو السنة ومن خالف سنة من سنن الحج فعليه دم على ماروى عن ابن عباس وأخذ به الجمهور وقال مالك ومعنى الرخصة للرعاة انما ذلك اذا مضى يوم النحر ورموا جمرة العقبة ثم كان اليوم الثالث وهو أول أيام النفر فرخص لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرموا فى ذلك اليوم له ولليوم الذى بعده فان نفروا فقد فرغوا وان أقاموا الى الغد رموا مع الناس يوم النفر الأخير ونفروا ومعنى الرخصة للرعاة عند جماعة العلماء هو جمع يومين فى يوم واحد الا أن مالكا انما يجمع عنده ما وجب مثل أن يجمع فى الثالث فيرمى عن الثانى والثالث لأنه لا يقضى عنده الا ما وجب ورخص كثير من العلماء فى جمع يومين فى يوم سواء تقدم ذلك اليوم الذى أضيف الى غيره أو تأخر ولم يشبهوه بالقضاء وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رمى فى حجته الجمرة يوم النحر ثم نحر بدنه ثم حلق رأسه ثم طاف طواف الافاضة وأجمع العلماء على أن هذا سنة الحج واختلفوا فيمن قدم من هذه ما أخره النبى عليه الصلاة والسلام أو بالعكس فقال مالك من حلق قبل أن يرمى جمرة

العقبة فعليه الفدية وقال الشافعي وأحمد وداود وأبو ثور لا شيء عليه وعمدتهم ما رواه مالك من حديث عبد الله بن عمر أنه قال وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم للناس بمنى والناس يسألونه فجاءه رجل فقال يا رسول الله لم أشعر فحلقت قبل أن أنحر فقال عليه الصلاة والسلام انحر ولا حرج ثم جاءه آخر فقال يا رسول الله لم أشعر فنحرت قبل أن أرمي فقال عليه الصلاة والسلام ارم ولا حرج قال فما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم يومئذ عن شيء قدم أو أخر الا قال افعل ولا حرج وروى هذا من طريق ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم وعمدة مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم على من حلق قبل محله من ضرورة بالفدية فكيف من غير ضرورة مع أن الحديث لم يذكر فيه حلق الرأس قبل رمي الجمار وعند مالك ان من حلق قبل أن يذبح فلا شيء عليه وكذلك من ذبح قبل أن يرمي وقال أبو حنيفة ان حلق قبل أن ينحر أو يرمي فعليه دم وان كان قارنا فعليه دمان وقال زفر عليه ثلاثة دماء دم للقران ودمان للحلق قبل النحر وقبل الرمي وأجمعوا على أن من نحر قبل أن يرمي فلا شيء عليه لانه منصوص عليه الا ما روي عن ابن عباس أنه كان يقول من قدم من حجه شيأ أو أخره فليهرق دما وانه من قدم الافاضة قبل الرمي والحلق انه يلزمه اعادة الطواف وقال الشافعي ومن تابعه لا اعادة عليه وقال الأوزاعي اذا طاف للافاضة قبل أن يرمي جمرة العقبة ثم واقع أهله أراق دما واتفقوا على أن جملة ما يرميه الحاج سبعون حصاة منها في يوم النحر جمرة العقبة بسبع وان رمى هذه الجمرة من حيث تيسر من العقبة من أسفلها أو من أعلاها أو من وسطها كل ذلك واسع والموضع المختار منها بطن الوادي لما جاء في حديث ابن مسعود أنه استبطن الوادي ثم قال من ههنا والذي لا اله غيره رأيت الذي أنزلت عليه سورة البقرة يرمي وأجمعوا على أنه يعيد الرمي اذا لم تقع الحصاة في العقبة وأنه يرمي في كل يوم من أيام التشريق ثلاث جمار بواحد وعشرين حصاة كل جمرة منها بسبع وأنه يجوز أن يرمي منها يومين وينفر في الثالث لقوله تعالى (فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه) وقدرها عندهم أن يكون في مثل حصى الخذف لما روي من حديث جابر وابن عباس وغيرهم أن النبي عليه الصلاة والسلام رمى الجمار بمثل حصى الخذف والسنة عندهم في رمي الجمرات كل يوم من أيام التشريق أن يرمي الجمرة الاولى فيقف عندها ويدعو

وكذلك الثانية ويطيل المقام ثم يرمي الثالثة ولا يقف لما روي في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يفعل ذلك في رميه والتكبير عندهم عند رمي كل جمرة حسن لأنه يروى عنه عليه الصلاة والسلام وأجمعوا على أن من سنة رمي الجمار الثلاث في أيام التشريق أن يكون ذلك بعد الزوال واختلفوا اذا رماها قبل الزوال في أيام التشريق فقال جمهور العلماء من رماها قبل الزوال أعاد رميها بعد الزوال وروي عن أبي جعفر محمد بن علي أنه قال رمي الجمار من طلوع الشمس الى غروبها وأجمعوا على أن من لم يرم الجمار أيام التشريق حتى تغيب الشمس من آخرها انه لا يرميها بعد واختلفوا في الواجب من الكفارة فقال مالك ان من ترك رمي الجمار كلها أو بعضها أو واحدة منها فعليه دم وقال أبو حنيفة ان ترك كلها كان عليه دم وان ترك جمرة واحدة فصاعدا كان عليه لكل جمرة اطعام مسكين نصف صاع حنطة الى أن يبلغ دما بترك الجميع الا جمرة العقبة فمن تركها فعليه دم وقال الشافعي عليه في الحصاة مدّ من طعام وفي حصاتين مدّان وفي ثلاث دم وقال الثوري مثله الا أنه قال في الرابعة الدم ورخصت طائفة من التابعين في الحصاة الواحدة ولم يروا فيها شيأ والحجة لهم حديث سعد بن أبي وقاص قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجته فبعضنا يقول رميت بسبع وبعضنا يقول رميت بست فلم يعب بعضنا على بعض وقال أهل الظاهر لا شئ في ذلك والجمهور على أن جمرة العقبة ليست من أركان الحج وقال عبد الملك من أصحاب مالك هي من أركان الحج فهذه هي جملة أفعال الحج من حين الاحرام الى أن يحل والتحلل تحللان تحلل أكبر وهو طواف الافاضة وتحلل أصغر وهو رمي جمرة العقبة وسنذكر ما في هذا من الاختلاف

﴿ القول في الجنس الثالث ﴾

وهو الذي يتضمن القول في الاحكام وقد نفي القول في حكم الاختلالات التي تقع في الحج وأعظمها في حكم من شرع في الحج فمنعه مرض أو بعدوّ أو فاته وقت الفعل الذي هو شرط في صحة الحج أو أفسد حجه باتيانه بعض المحظورات المفسدة للحج أو للافعال التي هي تروك أو أفعال فلنبتدئ من هذه بما هو نص في الشريعة وهو حكم المحصر وحكم قاتل الصيد وحكم الحالق رأسه قبل محل الحلق والقائه التفث قبل أن يحل وقد يدخل في هذا الباب حكم المتمتع وحكم القارن على القول بان وجوب الهدى في هذه هو

﴿ القول في الاحصار ﴾

وأما الاحصار فالأصل فيه قوله سبحانه (فان أحصرتم فما استيسر من الهدى) الى قوله (فاذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى) فنقول اختلف العلماء في هذه الآية اختلافا كثيرا وهو السبب في اختلافهم في حكم المحصر بمرض أو بعدوّ فأول اختلافهم في هذه الآية هل المحصر ههنا هو المحصر بالعدوّ أو المحصر بالمرض فقال قوم المحصر ههنا هو المحصر بالعدوّ وقال آخرون بل المحصر ههنا هو المحصر بالمرض فأما من قال ان المحصر ههنا هو المحصر بالعدوّ فاحتجوا بقوله تعالى بعد ذلك (فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه) قالوا فلو كان المحصر هو المحصر بمرض لما كان لذكر المرض بعد ذلك فائدة واحتجوا أيضا بقوله سبحانه (فاذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج) وهذه حجة ظاهرة ومن قال ان الآية انما وردت في المحصر بالمرض فانه زعم ان المحصر هو من أحصر ولا يقال احصر في العدو وانما يقال حصره العدو وأحصره المرض قالوا وانما ذكر المرض بعد ذلك لان المرض صنفان صنف محصر وصنف غير محصر وقالوا معنى قوله فاذا أمنتم معناه من المرض وأما الفريق الاول فقالوا عكس هذا وهو ان أفعل أبدا وفعل في الشيء الواحد انما يأتي لمعنيين اما فعل فاذا أوقع بغيره فعلا من الافعال واما افعل فاذا عرضه لوقوع ذلك الفعل به يقال قتله اذا فعل به فعل القتل وأقتله اذا عرضه للقتل واذا كان هذا هكذا فاحصر أحق بالعدو وحصر أحق بالمرض لان العدو انما عرض للاحصار والمرض فهو فاعل الاحصار وقالوا لا يطلق الأمن الا في ارتفاع الخوف من العدو وان قيل في المرض فباستعارة ولا يصار الى الاستعارة الا لأمر يوجب الخروج عن الحقيقة وكذلك ذكر حكم المريض بعد الحصر الظاهر منه ان المحصر غير المريض وهذا هو مذهب الشافعي والمذهب الثاني مذهب مالك وابي حنيفة وقال قوم بل المحصر ههنا الممنوع من الحج بأي نوع امتنع اما بمرض او بعدو او بخطأ في العدد او بغير ذلك وجمهور العلماء على ان المحصر عن الحج ضربان اما محصر بمرض واما محصر بعدو فأما المحصر بالعدو فاتفق الجمهور على انه يحل من عمرته او حجه حيث احصر وقال الثوري والحسن بن صالح لا يتحلل الا في يوم النحر والذين قالوا يتحلل حيث احصر اختلفوا في ايجاب الهدى عليه

وفي موضع نحره اذا قيل بوجوبه وفي اعادة ما حصر عنه من حج اوعمرة فذهب مالك الى انه لايجب عليه هدى وانه ان كان معه هدى نحره حيث حل وذهب الشافعي الى ايجاب الهدى عليه وبه قال اشهب واشترط ابوحنيفة ذبحه في الحرم وقال الشافعي حيثما حل وأما الاعادة فان مالكا يرى أن لا اعادة عليه وقال قوم عليه الاعادة وذهب أبوحنيفة الى انه ان كان أحرم بالحج عليه حجة وعمرة وان كان قارنا فعليه حج وعمرتان وان كان معتمرا قضى عمرته وليس عليه عند أبي حنيفة ومحمد بن الحسن تقصير واختار أبو يوسف تقصيره وعمدة مالك في أن لا اعادة عليه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حل هو وأصحابه بالحديبية فنحروا الهدى وحلقوا رؤسهم وحلوا من كل شئ قبل أن يطوفوا بالبيت وقبل أن يصل اليه الهدى ثم لم يعلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر أحدا من الصحابة ولا ممن كان معه أن يقضى شيئا ولا أن يعود لشئ وعمدة من أوجب عليه الاعادة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتمر في العام المقبل من عام الحديبية قضاء لتلك العمرة ولذلك قيل لها عمرة القضاء واجماعهم أيضا على ان المحصر بمرض أو ما أشبهه عليه القضاء فسبب الخلاف هو هل قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أو لم يقض وهل يثبت القضاء بالقياس أم لا وذلك ان جمهور العلماء على ان القضاء يجب بأمر ثان غير أمر الاداء وأما من أوجب عليه الهدى فبناء على ان الآية وردت في المحصر بالعدو أو على انها عامة لان الهدى فيها نص وقد احتج هؤلاء بنحر النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه الهدى عام الحديبية حين أحصروا وأجاب الفريق الآخر أن ذلك الهدى لم يكن هدى تحلل وان كان هديا سيق ابتداء وحجة هؤلاء ان الأصل هو ان لا هدى عليه الا أن يقوم الدليل عليه وأما اختلافهم في مكان الهدى عند من أوجبه فالأصل فيه اختلافهم في موضع نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم هديه عام الحديبية فقال ابن اسحق نحره في الحرم وقال غيره انما نحره في الحل واحتج بقوله تعالى (هم الذين كفروا وصدوكم عن المسجد الحرام والهدى معكوفا أن يبلغ محله) وانما ذهب أبو حنيفة الى ان من أحصر عن الحج ان عليه حجا وعمرة لان المحصر قد فسخ الحج في عمرة ولم يتم واحد منهما فهذا هو حكم المحصر بعدو عند الفقهاء وأما المحصر

بمرض فان مذهب الشافعي وأهل الحجاز انه لا يحله الا الطواف بالبيت والسعي ما بين الصفا والمروة وانه بالجملة يتحلل بعمرة لانه اذا فاته الحج بطول مرضه انقلب عمرة وهو مذهب ابن عمر وعائشة وابن عباس وخالف في ذلك أهل العراق فقالوا يحل مكانه وحكمه حكم المحصر بعدوّ أعني ان يرسل هديه ويقدر يوم نحره ويحل في اليوم الثالث وبه قال ابن مسعود واحتجوا بحديث الحجاج بن عمرو الانصاري قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من كسر أو عرج فقد حل وعليه حجة أخرى وباجماعهم على ان المحصر بعدوّ ليس من شرط احلاله الطواف بالبيت والجمهور على ان المحصر بمرض عليه الهدي وقال أبو ثور وداود لا هدي عليه اعتمادا على ظاهر حكم هذا المحصر وعلى ان الآية الواردة في المحصر هو حصر العدوّ وأجمعوا على ايجاب القضاء عليه وكل من فاته الحج بخطأ من العدد في الأيام أو بخفاء الهلال عليه أو غير ذلك من الأعذار فحكمه حكم المحصر بمرض عند مالك وقال أبو حنيفة من فاته الحج بعذر غير المرض يحل بعمرة ولا هدي عليه وعليه اعادة الحج والمكي المحصر بمرض عند مالك كغير المكي يحل بعمرة وعليه الهدي واعادة الحج وقال الزهري لا بد أن يقف بعمرة وان نعش نعشا (٧) وأصل مذهب مالك ان المحصر بمرض ان بقي على احرامه الى العام المقبل حتى يحج حجة القضاء فلا هدي عليه فان تحلل بعمرة فعليه هدي المحصر لانه حلق رأسه قبل أن ينحر في حجة القضاء وكل من تأول قوله سبحانه (فاذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج) انه خطاب للمحصر وجب عليه أن يعتقد على ظاهر الآية أن عليه هديين هديا لحلقه عند التحلل قبل نحره في حجة القضاء وهديا لتمتعه بالعمرة الى الحج وان حل في أشهر الحج من العمرة وجب عليه هدي ثالث وهو هدي التمتع الذي هو أحد أنواع نسك الحج وأما مالك رحمه الله فكان يتأول لمكان هذا أن المحصر انما عليه هدي واحد وكان يقول ان الهدي الذي في قوله سبحانه (فان أحصرتم فما استيسر من الهدي) هو بعينه الهدي الذي في قوله فاذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي وفيه بعد في التأويل

---

(٧) قوله لا بد الخ هكذا هذه العبارة في غالب النسخ ولينظر معناها وفي بعض ولا بد أن يعيد وجعل بياضا لباقي العبارة فليتأمل اه مصححه

والاظهر ان قوله سبحانه فاذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج أنه فى غير المحصر بل هو فى التمتع الحقيقى فكانه قال فاذا لم تكونوا خائفين لكن تمتعتم بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى ويدل على هذا التأويل قوله سبحانه (ذلك لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام) والمحصر يستوى فيه حاضر المسجد الحرام وغيره باجماع وقد قلنا فى أحكام المحصر الذى نص الله عليه فلننقل فى أحكام القاتل للصيد

﴿ القول فى أحكام جزاء الصيد ﴾

فنقول ان المسلمين أجمعوا على ان قوله (يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما) هى آية محكمة واختلفوا فى تفاصيل أحكامها وفيما يقاس على مفهومها مما لا يقاس عليه فمنها انهم اختلفوا هل الواجب فى قتل الصيد قيمته أو مثله فذهب الجمهور الى ان الواجب المثل وذهب أبو حنيفة الى انه مخير بين القيمة أعنى قيمة الصيد وبين أن يشترى بها المثل ومنها انهم اختلفوا فى استئناف الحكم على قاتل الصيد فيما حكم فيه السلف من الصحابة مثل حكمهم ان من قتل نعامة فعليه بدنة تشبيها بها ومن قتل غزالا فعليه شاة ومن قتل بقرة وحشية فعليه انسية فقال مالك يستأنف فى كل ما وقع من ذلك الحكم به وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى ان اجتزأ بحكم الصحابة مما حكموا فيه جاز ومنها هل الآية على التخيير أو على الترتيب فقال مالك هى على التخيير وبه قال أبو حنيفة يريد أن الحكمين مخير ان الذى عليه الجزاء وقال زفر هى على الترتيب واختلفوا هل يقوم الصيد أو المثل اذا اختار الاطعام ان وجب على القول بالوجوب فيشترى بقيمته طعاما فقال مالك يقوم الصيد وقال الشافعى يقوم المثل ولم يختلفوا فى تقدير الصيام بالطعام بالجملة وان كانوا اختلفوا فى التفصيل فقال مالك يصوم لكل مد يوما وهو الذى يطعم عندهم كل مسكين وبه قال الشافعى وأهل الحجاز وقال أهل الكوفة يصوم لكل مدين يوما وهو القدر الذى يطعم كل مسكين عندهم واختلفوا فى قتل الصيد خطأ هل فيه جزاء أم لا فالجمهور على ان فيه الجزاء وقال أهل الظاهر لا جزاء عليه واختلفوا فى الجماعة يشتركون فى قتل الصيد فقال مالك اذا قتل جماعة محرمون

صيدا فعلى كل واحد منهم جزاء كامل وبه قال الثورى وجماعة وقال الشافعى عليهم جزاء واحد وفرق أبو حنيفة بين المحرمين يقتلون الصيد وبين المحلين يقتلونه فى الحرم فقال على كل واحد من المحرمين جزاء وعلى المحلين جزاء واحد واختلفوا هل يكون أحد الحكمين قاتل الصيد فذهب مالك الى انه لا يجوز وقال الشافعى يجوز واختلف أصحاب أبى حنيفة على القولين جميعا واختلفوا فى موضع الاطعام فقال مالك فى الموضع الذى أصاب فيه الصيد ان كان ثم طعام والا ففى أقرب المواضع الى ذلك المواضع وقال أبو حنيفة حيثما أطعم وقال الشافعى لا يطعم الا مساكين مكة وأجمع العلماء على ان المحرم اذا قتل الصيد ان عليه الجزاء للنص فى ذلك واختلفوا فى الحلال يقتل الصيد فى الحرم فقال جمهور فقهاء الامصار عليه الجزاء وقال داود وأصحابه لا جزاء عليه ولم يختلف المسلمون فى تحريم قتل الصيد فى الحرم وانما اختلفوا فى الكفارة وذلك لقوله سبحانه (أولم يروا أنا جعلنا حرما آمنا) وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله حرم مكة يوم خلق السموات وجمهور فقهاء الامصار على ان المحرم اذا قتل الصيد وأكله انه ليس عليه الا كفارة واحدة وروى عن عطاء وطائفة ان فيه كفارتين فهذه هى مشهورات المسائل المتعلقة بهذه الآية وأما الاسباب التى دعتهم الى هذا الاختلاف فنحن نشير الى طرف منها (فنقول) أما من اشترط فى وجوب الجزاء أن يكون القتل عمدا فحجته أن اشتراط ذلك نص فى الآية وأيضا فان العمد هو الموجب للعقاب والكفارات عقاب ما وأما من أوجب الجزاء مع النسيان فلا حجة له الا أن يشبه الجزاء عند اتلاف الصيد باتلاف الاموال فان الأموال عند الجمهور تضمن خطأ ونسيانا لكن يعارض هذا القياس اشتراط العمد فى وجوب الجزاء فقد أجاب بعضهم عن هذا أى العمد انما اشترط لمكان تعلق العقاب المنصوص عليه فى قوله ذلك (ليذوق وبال أمره) وذلك لا معنى له لان الوبال المذوق هو فى الغرامة فسواء قتله مخطئا أو متعمدا قد ذاق الوبال ولا خلاف أن الناسى غير معاقب وأكثر ما تلزم هذه الحجة لمن كان من أصله ان الكفارات لا تثبت بالقياس فانه لا دليل لمن أثبتها على الناسى الا القياس وأما اختلافهم فى المثل هل هو الشبيه أو المثل فى القيمة فان سبب الاختلاف أن المثل يقال على الذى هو مثل وعلى

الذى هو مثل فى القيمة لكن حجة من رأى انه الشبيه أقوى من جهة دلالة اللفظ أن انطلاق لفظ المثل على الشبيه فى لسان العرب أظهر وأشهر منه على المثل فى القيمة لكن لمن حمل ههنا المثل على القيمة دلائل حركته الى اعتقاد ذلك أحدها أن المثل الذى هو العدل هو منصوص عليه فى الاطعام والصيام وأيضا فان المثل اذا حمل ههنا على التعديل كان عاما فى جميع الصيد فان من الصيد مالا يلفى له شبيه وأيضا فان المثل فيما لا يوجد له شبيه هو التعديل وليس يوجد للحيوان المصيد فى الحقيقة شبيه الا من جنسه وقد نص ان المثل الواجب فيه هو من غير جنسه فوجب أن يكون مثلا فى التعديل والقيمة وأيضا فان الحكم فى الشبيه قد فرغ منه فأما الحكم بالتعديل فهو شئ يختلف باختلاف الاوقات ولذلك هو كل وقت يحتاج الى الحكمين المنصوص عليهما وعلى هذا يأتى التقدير فى الآية بمثابة فكانه قال ومن قتله منكم متعمدا فعليه قيمة ماقتل من النعم أو عدل القيمة طعاما أو عدل ذلك صياما وأما اختلافهم هل المقدر هو الصيد أو مثله من النعم اذا قدر بالطعام فمن قال المقدر هو الصيد قال لانه الذى لما لم يوجد مثله رجع الى تقديره بالطعام ومن قال ان المقدر هو الواجب من النعم قال لان الشئ انما تقدر قيمته اذا عدم بتقدير مثله أعنى شبيهه وأما من قال ان الآية على التخيير فانه التفت الى حرف أو اذ كان مقتضاها فى لسان العرب التخيير وأما من نظر الى ترتيب الكفارات فى ذلك فشبهها بالكفارات التى فيها الترتيب باتفاق وهى كفارة الظهار والقتل وأما اختلافهم فى هل يستأنف الحكم فى الصيد الواحد الذى قد وقع الحكم فيه من الصحابة فالسبب فى اختلافهم هو هل الحكم شرعى غير معقول المعنى أم هذا معقول المعنى فمن قال هو معقول المعنى قال ماقد حكم فيه فليس يوجد شئ أشبه به منه مثل النعامة فانه لا يوجد أشبه بها من البدنة فلا معنى لاعادة الحكم ومن قال هو عبادة قال يعاد ولا بد منه وبه قال مالك وأما اختلافهم فى الجماعة يشتركون فى قتل الصيد الواحد فسببه هل الجزاء موجبه هو التعدى فقط أو التعدى على جملة الصيد فمن قال التعدى فقط أوجب على كل واحد من الجماعة القاتلة للصيد جزاء ومن قال التعدى على جملة الصيد قال عليهم جزاء واحد وهذه المسئلة شبيهة بالقصاص فى النصاب فى السرقة وفى القصاص فى الاعضاء وفى

الأنفس وستأتى فى مواضعها من هذا الكتاب ان شاء الله وتفريق أبى حنيفة بين المحرمين وبين غير المحرمين القاتلين فى الحرم على جهة التغليظ على المحرمين ومن أوجب على كل واحد من الجماعة جزاء فانما نظر الى سد الذرائع فانه لو سقط عنهم الجزاء جملة لكان من أراد أن يصيد فى الحرم صاد فى جماعة واذا قلنا ان الجزاء هو كفارة للاثم فيشبه أن لا يتبعض اثم قتل الصيد بالاشتراك فيه فيجب أن لا يتبعض الجزاء فيجب على كل واحد كفارة وأما اختلافهم فى هل يكون أحد الحكمين قاتل الصيد فالسبب فيه معارضة مفهوم الظاهر لمفهوم المعنى الاصلى فى الشرع وذلك أنهم لم يشترطوا فى الحكمين الا العدالة فيجب على ظاهر هذا أن يجوز الحكم ممن يوجد فيه هذا الشرط سواء كان قاتل الصيد أو غير قاتل وأما مفهوم المعنى الاصلى فى الشرع فهو أن المحكوم عليه لا يكون حاكما على نفسه وأما اختلافهم فى الموضع فسببه الاطلاق أعنى انه لم يشترط فيه موضع فمن شبهه بالزكاة فى أنه حق للمساكين فقال لا ينقل من موضعه وأما من رأى أن المقصود بذلك انما هو الرفق بمساكين مكة قال لا يطعم الا مساكين مكة ومن اعتمد ظاهر الاطلاق قال يطعم حيث شاء وأما اختلافهم فى الحلال يقتل الصيد فى الحرم هل عليه كفارة أم لا فسببه هل يقاس فى الكفارات عند من يقول بالقياس وهل القياس أصل من أصول الشرع عند الذين يختلفون فيه فأهل الظاهر ينفون قياس قتل الصيد فى الحرم على المحرم لمنعهم القياس فى الشرع ويحق على أصل أبى حنيفة أن يمنعه لمنعه القياس فى الكفارات ولا خلاف بينهم فى تعلق الاثم به لقوله سبحانه (أولم يروا أنا جعلنا حرما آمنا ويتخطف الناس من حولهم) وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله حرم مكة يوم خلق السموات والأرض وأما اختلافهم فيمن قتله ثم أكله هل عليه جزاء واحد أم جزاآن فسببه هل أكله تعد ثان عليه سوى تعدى القتل أم لا وان كان تعديا فهل هو مساو للتعدى الأول أم لا وذلك انهم اتفقوا على أنه ان أكل أثم ولما كان النظر فى كفارة الجزاء يشتمل على أربعة أركان معرفة الواجب فى ذلك ومعرفة من تجب عليه ومعرفة الفعل الذى لأجله يجب ومعرفة محل الوجوب وكان قد تقدم الكلام فى أكثر هذه الاجناس وبقى من ذلك أمران أحدهما

اختلاف فى بعض الواجبات من الامثال فى بعض المصيدات والثانى ماهو صيد مما ليس بصيد يجب أن ينظر فيما بقى علينا من ذلك فمن أصول هذا الباب ماروى عن عمر بن الخطاب أنه قضى فى الضبع بكبش وفى الغزال بعنز وفى الارنب بعناق وفى اليربوع بجفرة واليربوع دويبة لها أربع قوائم وذنب تجتر كما تجتر الشاة وهى من ذوات الكروش والعنز عند أهل العلم من المعز ماقد ولد أو ولد مثله والجفرة والعناق من المعز فالجفرة ما أكل واستغنى عن الرضاع والعناق قيل فوق الجفرة وقيل دونها وخالف مالك هذا الحديث فقال فى الارنب واليربوع لايقومان الا بما يجوز هديا وأضحية وذلك الجذع فما فوقه من الضأن والثنى فما فوقه من الابل والبقر وحجة مالك قوله تعالى (هديا بالغ الكعبة) ولم يختلفوا أن من جعل على نفسه هديا أنه لايجزيه أقل من الجذع فما فوقه من الضأن والثنى مما سواه وفى صغار الصيد عند مالك مثل مافى كباره وقال الشافعى يفدى صغار الصيد بالمثل من صغار النعم وكبار الصيد بالكبار منها وهو مروى عن عمر وعثمان وعلىّ وابن مسعود وحجته أنها حقيقة المثل فعنده فى النعامة الكبيرة بدنة وفى الصغيرة فصيل وأبو حنيفة على أصله فى القيمة واختلفوا من هذا الباب فى حمام مكة وغيرها فقال مالك فى حمام مكة شاة وفى حمام الحل حكومة واختلف قول ابن القاسم فى حمام الحرم غير مكة فقال مرة شاة كحمام مكة ومرة قال حكومة كحمام الحل وقال الشافعى فى كل حمام شاة وفى حمام سوى الحرم قيمته وقال داود كل شئ لامثل له من الصيد فلا جزاء فيه الا الحمام فان فيه شاة ولعله ظن ذلك اجماعا فانه روى عن عمر بن الخطاب ولا مخالف له من الصحابة وروى عن عطاء أنه قال فى كل شئ من الطير شاة واختلفوا من هذا الباب فى بيض النعامة فقال مالك أرى فى بيض النعامة عشر ثمن البدنة وأبو حنيفة على أصله فى القيمة ووافقه الشافعى فى هذه المسئلة وبه قال أبو ثور وقال أبو حنيفة ان كان فيها فرخ ميت فعليه الجزاء أعنى جزاء النعامة واشترط أبو ثور فى ذلك أن يخرج حيا ثم يموت وروى عن علىّ أنه قضى فى بيض النعامة بأن يرسل الفحل الابل فاذا تبين لقاحها سميت ما أصبت من البيض فقلت هذا هدى ثم ليس عليك ضمان مافسد من الحمل وقال عطاء من كانت له ابل فالقول قول علىّ والا ففى كل بيضة

درهمان قال أبو عمر وقد روى عن ابن عباس عن كعب بن عجرة عن النبي عليه الصلاة والسلام في بيض النعامة يصيبه المحرم ثمنه من وجه ليس بالقوى وروى عن ابن مسعود ان فيه القيمة قال وفيه أثر ضعيف وأكثر العلماء على أن الجراد من صيد البر يجب على المحرم فيه الجزاء واختلفوا في الواجب من ذلك فقال عمر رضي الله عنه قبضة من طعام وبه قال مالك وقال أبو حنيفة وأصحابه تمرة خير من جرادة وقال الشافعي في الجراد قيمته وبه قال أبو ثور الا أنه قال كل ما تصدق به من حفنة طعام أو تمرة فهو له قيمة وروى عن ابن عباس ان فيها تمرة مثل قول أبي حنيفة وقال ربيعة فيها صاع من طعام وهو شاذ وقد روى عن ابن عمر ان فيها شويهة وهو أيضا شاذ فهذه هي مشهورات ما اتفقوا على الجزاء فيه واختلفوا فيما هو الجزاء فيه وأما اختلافهم فيما هو صيد مما ليس بصيد وفيما هو من صيد البحر مما ليس منه فانهم اتفقوا على أن صيد البر محرّم على المحرم الا الخمس الفواسق المنصوص عليها واختلفوا فيما يلحق بها مما ليس يلحق وكذلك اتفقوا على أن صيد البحر حلال كله للمحرم واختلفوا فيما هو من صيد البحر مما ليس منه وهذا كله لقوله تعالى (أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرّم عليكم صيد البرّ مادمتم حرما) ونحن نذكر مشهور ما اتفقوا عليه من هذين الجنسين وما اختلفوا فيه (فنقول) ثبت من حديث ابن عمر وغيره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال خمس من الدواب ليس على المحرم جناح في قتلهن الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور واتفق العلماء على القول بهذا الحديث وجمهورهم على القول باباحة قتل ما تضمنه لكونه ليس بصيد وان كان بعضهم اشترط في ذلك أوصافا مّا واختلفوا هل هذا من باب الخاص أريد به الخاص أو من باب الخاص أريد به العام والذين قالوا هو من باب الخاص أريد به العام اختلفوا في أي عام أريد بذلك فقال مالك الكلب العقور الوارد في الحديث اشارة الى كل سبع عاد وأن ما ليس بعاد من السباع فليس للمحرم قتله ولم ير قتل صغارها التي لا تعدو ولا ما كان منها أيضا لا يعدو ولا خلاف بينهم في قتل الحية والأفعى والأسود وهو مروى عن النبي عليه الصلاة والسلام من حديث أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تقتل

الأفعى والأسود وقال مالك لا أرى قتل الوزغ والأخبار بقتلها متواترة لكن مطلقا الا فى الحرم ولذلك توقف فيها مالك فى الحرم وقال أبو حنيفة لا يقتل من الكلاب العقورة الا الكلب الانسى والذئب وشذت طائفة فقالت لا يقتل الا الغراب الأبقع وقال الشافعى كل محرم الأكل فهو فى معنى الخمس وعمدة الشافعى انه انما حرم على المحرم ما أحل للحلال وأن المباحة الأكل لا يجوز قتلها باجماع لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد البهائم وأما أبو حنيفة فلم يفهم من اسم الكلب الانسى فقط بل من معناه كل ذئب وحشى واختلفوا فى الزنبور فبعضهم شبهه بالعقرب وبعضهم رأى أنه أضعف نكاية من العقرب وبالجملة فالمنصوص عليها تتضمن أنواعا من الفساد فمن رأى أنه من باب الخاص أريد به العام ألحق بواحد واحد منها ما يشبهه ان كان له شبه ومن لم ير ذلك قصر النهى على المنطوق به وشذت طائفة فقالت لا يقتل الا الغراب الأبقع فخصصت عموم الاسم الوارد فى الحديث الثابت بما روى عن عائشة أنه عليه الصلاة والسلام قال خمس يقتلن فى الحرم فذكر فيهن الغراب الأبقع وشذ النخعى فمنع المحرم قتل الصيد الا الفأرة وأما اختلافهم فيما هو من صيد البحر مما ليس هو منه فانهم اتفقوا على أن السمك من صيد البحر واختلفوا فيما عدا السمك وذلك بناء منهم على أن ما كان منه يحتاج الى ذكاة فليس من صيد البحر وأكثر ذلك ما كان محرما ولا خلاف بين من يحل جميع ما فى البحر فى أن صيده حلال وانما اختلف هؤلاء فيما كان من الحيوان يعيش فى البر وفى الماء بأى الحكمين يلحق وقياس قول أكثر العلماء انه يلحق بالذى عيشه فيه غالبا وهو حيث يولد والجمهور على أن طير الماء محكوم له بحكم حيوان البر وروى عن عطاء أنه قال فى طير الماء حيث يكون أغلب عيشه يحكم له بحكمه واختلفوا فى نبات الحرم هل فيه جزاء أم لا فقال مالك لا جزاء فيه وانما فيه الاثم فقط للنهى الوارد فى ذلك وقال الشافعى فيه الجزاء فى الدوحة بقرة وفيما دونها شاة وقال أبو حنيفة كل ما كان من غرس الانسان فلا شئ فيه وكل ما كان نابتا بطبعه ففيه قيمة وسبب الخلاف هل يقاس النبات فى هذا على الحيوان لاجتماعهما فى النهى عن ذلك فى قوله عليه الصلاة والسلام لا ينفر صيدها ولا يعضد شجرها فهذا هو القول فى مشهور مسائل

هذا الجنس فالمنقل فى حكم الحالق رأسه قبل محل الحلق

﴿ القول فى فدية الأذى وحكم الحالق رأسه قبل محل الحلق ﴾

وأما فدية الأذى فجمع أيضا عليها لورود الكتاب بذلك والسنة أما الكتاب فقوله تعالى (فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك) وأما السنة فحديث كعب بن عجرة الثابت أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم محرما فآذاه القمل فى رأسه فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحلق رأسه وقال صم ثلاثة أيام أو أطعم ستة مساكين مدين لكل انسان أو انسك بشاة أى ذلك فعلت أجزأ عنك والكلام فى هذه الآية على من تجب الفدية وعلى من من لا تجب واذا وجبت فما هى الفدية الواجبة وفى أى شئ تجب الفدية ولمن تجب ومتى تجب وأين تجب فأما على من تجب الفدية فان العلماء أجمعوا على أنها واجبة على كل من أماط الأذى من ضرورة لورود النص بذلك واختلفوا فيمن أماطه من غير ضرورة فقال مالك عليه الفدية المنصوص عليها وقال الشافعى وأبو حنيفة ان حلق دون ضرورة فانما عليه دم فقط واختلفوا هل من شرط من وجبت عليه الفدية باماطة الأذى أن يكون متعمدا أو الناسى فى ذلك والمتعمد سواء فقال مالك العامد فى ذلك والناسى واحد وهو قول أبى حنيفة والثورى والليث وقال الشافعى فى أحد قوليه وأهل الظاهر لا فدية على الناسى فمن اشترط فى وجوب الفدية الضرورة فدليله النص ومن أوجب ذلك على غير المضطر فحجته أنه اذا وجبت على المضطر فهى على غير المضطر أوجب ومن فرق بين العامد والناسى فلتفريق الشرع فى ذلك بينهما فى مواضع كثيرة ولعموم قوله تعالى (وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم) ولعموم قوله عليه الصلاة والسلام رفع عن امتى الخطأ والنسيان ومن لم يفرق بينهما فقياسا على كثير من العبادات التى لم يفرق الشرع فيها بين الخطأ والنسيان وأما ما يجب فى فدية الأذى فان العلماء أجمعوا على أنها ثلاث خصال على التخيير الصيام والاطعام والنسك لقوله تعالى ففدية من صيام أو صدقة أو نسك والجمهور على أن الاطعام هو لستة مساكين وأن النسك أقله شاة وروى عن الحسن وعكرمة ونافع أنهم قالوا الاطعام لعشرة مساكين والصيام عشرة أيام ودليل الجمهور

حديث كعب بن عجرة الثابت وأما من قال الصيام عشرة أيام فقياسا على صيام التمتع وتسوية الصيام مع الاطعام ولما ورد أيضا فى جزاء الصيد فى قوله سبحانه (أو عدل ذلك صياما) وأما كم يطعم لكل مسكين من المساكين الستة التى ورد فيها النص فان الفقهاء اختلفوا فى ذلك لاختلاف الآثار فى الاطعام فى الكفارات فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة وأصحابهم الاطعام فى ذلك مدان بمد النبى صلى الله عليه وسلم لكل مسكين وروى عن الثورى أنه قال من البر نصف صاع ومن التمر والزبيب والشعير صاع وروى أيضا عن أبى حنيفة مثله وهو أصله فى الكفارات وأما ما تجب فيه الفدية فاتفقوا على أنها تجب على من حلق رأسه لضرورة مرض أو حيوان يؤذيه فى رأسه قال ابن عباس المرض أن يكون برأسه قروح والأذى القمل وغيره وقال عطاء المرض الصداع والأذى القمل وغيره والجمهور على أن كل ما منعه المحرم من لباس الثياب المخيطة وحلق الرأس وقص الأظفار انه اذا استباحه فعليه الفدية أى دم على اختلاف بينهم فى ذلك أو اطعام ولم يفرقوا بين الضرر وغيره فى هذه الأشياء وكذلك استعمال الطيب وقال قوم ليس فى قص الأظفار شئ وقال قوم فيه دم وحكى ابن المنذر ان منع المحرم قص الأظفار اجماع واختلفوا فيمن أخذ بعض أظفاره فقال الشافعى وأبو ثور ان أخذ ظفرا واحدا أطعم مسكينا واحدا وان أخذ ظفرين أطعم مسكينين وان أخذ ثلاثا فعليه دم فى مقام واحد وقال أبو حنيفة فى أحد أقواله لا شئ عليه حتى يقصها كلها وقال أبو محمد بن حزم يقص المحرم أظفاره وشاربه وهو شذوذ وعنده أن لا فدية الا من حلق الرأس فقط للعذر الذى ورد فيه النص وأجمعوا على منع حلق شعر الرأس واختلفوا فى حلق الشعر من سائر الجسد فالجمهور على أن فيه الفدية وقال داود لا فدية فيه واختلفوا فيمن نتف من رأسه الشعرة والشعرتين أو من لحيه فقال مالك ليس على من نتف الشعر اليسير شئ الا أن يكون أماط به أذى فعليه الفدية وقال الحسن فى الشعرة مد وفى الشعرتين مدين وفى الثلاثة دم وبه قال الشافعى وأبو ثور وقال عبد الملك صاحب مالك فيما قل من الشعر اطعام وفيما كثر فدية فمن فهم من منع المحرم حلق الشعر انه عبادة سوى بين القليل والكثير ومن فهم من ذلك منع النظافة والزين والاستراحة التى فى حلقه فرق بين القليل والكثير لأن القليل ليس

فى ازالته زوال أذى أما موضع الفدية فاختلفوا فيه فقال مالك يفعل من ذلك ماشاء أين شاء بمكة وبغيرها وان شاء ببلده وسواء عنده فى ذلك ذبح النسك والاطعام والصيام وهو قول مجاهد والذى عند مالك ههنا هو نسك وليس بهدى فان الهدى لا يكون الا بمكة أو بمنى وقال أبو حنيفة والشافعى الدم والاطعام لا يجزيان الا بمكة والصوم حيث شاء وقال ابن عباس ما كان من دم فبمكة وما كان من اطعام وصيام فحيث شاء وعن أبى حنيفة مثله ولم يختلف قول الشافعى ان دم الاطعام لا يجزىء الا لمساكين الحرم وسبب الخلاف استعمال قياس دم النسك على الهدى فمن قاسه على الهدى أوجب فيه شروط الهدى من الذبح فى المكان المخصوص به وفى مساكين الحرم وان كان مالك يرى أن الهدى يجوز اطعامه لغير مساكين الحرم والذى يجمع النسك والهدى هو أن المقصود بهما منفعة المساكين المجاورين لبيت الله والمخالف يقول ان الشرع لما فرق بين اسمهما فسمى أحدهما نسكا وسمى الآخر هديا وجب أن يكون حكمهما مختلفا وأما الوقت فالجمهور على ان هذه الكفارة لا تكون الا بعد اماطة الاذى ولا يبعد أن يدخله الخلاف قياسا على كفارة الايمان فهذا هو القول فى كفارة اماطة الاذى واختلفوا فى حلق الرأس هل هو من مناسك الحج أو هو مما يتحلل به منه ولا خلاف بين الجمهور فى أنه من أعمال الحج وأن الحلق أفضل من التقصير لما ثبت من حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرين يا رسول الله قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرين يا رسول الله قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرين يا رسول الله قال والمقصرين وأجمع العلماء على أن النساء لا يحلقن وأن سنتهن التقصير واختلفوا هل هو نسك يجب على الحاج والمعتمر أو لا فقال مالك الحلاق نسك للحاج وللمعتمر وهو أفضل من التقصير ويجب على كل من فاته الحج وأحصر بعدو أو مرض أو بعذر وهو قول جماعة الفقهاء الا فى المحصر بعدو فان أبا حنيفة قال ليس عليه حلاق ولا تقصير وبالجملة فمن جعل الحلاق أو التقصير نسكا أوجب فى تركه الدم ومن لم يجعله من النسك لم يوجب فيه شيأ

﴿ القول فى كفارة المتمتع ﴾

وأما كفارة المتمتع التى نص الله عليها فى قوله سبحانه ﴿فمن تمتع بالعمرة الى الحج

فما استيسر من الهدى) الآية فانه لا خلاف فى وجوبها وانما الخلاف فى المتمتع من هو وقد تقدم ما فى ذلك من الخلاف والقول فى هذه الكفارة أيضا يرجع الى تلك الأجناس بعينها على من تجب وما الواجب فيها ومتى تجب ولمن تجب وفى أى مكان تجب فاما على من تجب فعلى المتمتع باتفاق وقد تقدم الخلاف فى المتمتع من هو وأما اختلافهم فى الواجب فان الجمهور من العلماء على أن ما استيسر من الهدى هو شاة واحتج مالك فى أن اسم الهدى قد ينطلق على الشاة بقوله تعالى فى جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة ومعلوم بالاجماع انه قد يجب فى جزاء الصيد شاة وذهب ابن عمر الى أن اسم الهدى لا ينطلق الا على الابل والبقر وأن معنى قوله تعالى فما استيسر من الهدى أى بقرة أدون من بقرة و بدنة أدون من بدنة وأجمعوا ان هذه الكفارة على الترتيب وان من لم يجد الهدى فعليه الصيام واختلفوا فى حد الزمان الذى ينتقل بانقضائه فرضه من الهدى الى الصيام فقال مالك اذا شرع فى الصوم فقد انتقل واجبه الى الصوم وان وجد الهدى فى أثناء الصوم وقال أبو حنيفة ان وجد الهدى فى صوم الثلاثة الأيام لزمه وان وجده فى صوم السبعة لم يلزمه وهذه المسئلة نظير مسئلة من طلع عليه الماء فى الصلاة وهو متيمم وسبب الخلاف هو هل ما هو شرط فى ابتداء العبادة هو شرط فى استمرارها وانما فرق أبو حنيفة بين الثلاثة والسبعة لأن الثلاثة الأيام هى عنده بدل من الهدى والسبعة ليست ببدل وأجمعوا على أنه اذا صام الثلاثة الأيام فى العشر الأول من ذى الحجة انه قد أتى بها فى محلها لقوله سبحانه فصيام ثلاثة أيام فى الحج ولا خلاف ان العشر الأول من أيام الحج واختلفوا فيمن صامها فى أيام عمل العمرة قبل أن يهل بالحج أو صامها فى أيام منى فأجاز مالك صيامها فى أيام منى ومنعه أبو حنيفة وقال اذا فاتته الأيام الأول وجب الهدى فى ذمته ومنعه مالك قبل الشروع فى عمل الحج وأجازه أبو حنيفة وسبب الخلاف هل ينطلق اسم الحج على هذه الأيام المختلف فيها أم لا وان انطلق فهل من شرط الكفارة أن لا تجزى الا بعد وقوع موجبها فمن قال لا تجزى كفارة الا بعد وقوع موجبها قال لا يجزى الصوم الا بعد الشروع فى الحج ومن قاسها على كفارة الايمان قال يجزى واتفقوا أنه اذا صام السبعة الأيام فى أهله أجزأه واختلفوا اذا صامها فى الطريق فقال مالك يجزى الصوم وقال

الشافعى لايجزى وسبب الخلاف الاحتمال الذى فى قوله سبحانه اذا رجعتم فان اسم الراجع ينطلق على من فرغ من الرجوع وعلى من هو فى الرجوع نفسه فهذه هى الكفارة التى ثبتت بالسمع وهى من المتفق عليها ولا خلاف ان من فاته الحج بعد أن شرع فيه اما بفوات ركن من أركانه واما من قبل غلطه فى الزمان أو من قبل جهله أو نسيانه أو اتيانه فى الحج فعلا مفسدا له فان عليه القضاء اذا كان حجا واجبا وهل عليه هدى مع القضاء اختلفوا فيه وان كان تطوّعا فهل عليه قضاء أم لا الخلاف فى ذلك كله لكن الجمهور على أن عليه الهدى لكون النقصان الداخل عليه مشعرا بوجوب الهدى وشذ قوم فقالوا لا هدى أصلا ولا قضاء الا أن يكون فى حج واجب ومما يخص الحج الفاسد عند الجمهور دون سائر العبادات انه يمضى فيه المفسد له ولا يقطعه وعليه دم وشذ قوم فقالوا هو كسائر العبادات وعمدة الجمهور ظاهر قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله فالجمهور عمموا والمخالفون خصصوا قياسا على غيرها من العبادات اذا وردت عليها المفسدات واتفقوا على أن المفسد للحج اما من الافعال المأمور بها فترك الاركان التى هى شرط فى صحته على اختلافهم فيما هو ركن مما ليس بركن وأما من التروك المنهى عنها فالجماع وان كان اختلفوا فى الوقت الذى اذا وقع فيه الجماع كان مفسدا للحج فأما اجماعهم على افساد الجماع للحج فلقوله سبحانه (فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال فى الحج) واتفقوا على أن من وطئ قبل الوقوف بعرفة فقد أفسد حجه وكذلك من وطئ من المعتمرين قبل أن يطوف ويسعى واختلفوا فى فساد الحج بالوطء بعد الوقوف بعرفة وقبل رمى جمرة العقبة و بعد رمى الجمرة وقبل طواف الافاضة الذى هو الواجب فقال مالك من وطئ قبل رمى جمرة العقبة فقد فسد حجه وعليه الهدى والقضاء وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة والثورى عليه الهدى بدنة وحجه تام وقد روى مثل هذا عن مالك وقال مالك من وطئ بعد رمى جمرة العقبة وقبل طواف الافاضة فحجه تام و بقول مالك فى ان الوطء قبل طواف الافاضة لا يفسد الحج قال الجمهور و يلزمه عندهم الهدى وقالت طائفة من وطئ قبل طواف الافاضة فسد حجه وهو قول ابن عمر وسبب الخلاف ان للحج تحللا يشبه السلام فى الصلاة وهو التحلل الأكبر

وهو الافاضة وتحللا أصغر وهل يشترط فى اباحة الجماع التحللان أو أحدهما
ولا خلاف بينهم ان التحلل الأصغر الذى هو رمى الجمرة يوم النحر انه يحل به الحاج
من كل شئ حرم عليه بالحج الا النساء والطيب والصيد فانهم اختلفوا فيه والمشهور
عن مالك انه يحل له كل شئ الا النساء والطيب وقيل عنه الا النساء والطيب والصيد
لأن الظاهر من قوله واذا حللتم فاصطادوا انه التحلل الأكبر واتفقوا أيضا على أن
المعتمر يحل من عمرته اذا طاف بالبيت وسعى بين الصفا والمروة وان لم يكن حلق
ولا قصر لثبوت الآثار فى ذلك الا خلافا شاذا وروى عن ابن عباس أنه يحل بالطواف
وقال أبو حنيفة لا يحل الا بعد الحلاق وان جامع قبله فسدت عمرته واختلفوا فى صفة
الجماع الذى يفسد الحج وفى مقدماته فالجمهور على ان التقاء الختانين يفسد الحج
ويحتمل من يشترط فى وجوب الطهر الانزال مع التقاء الختانين أن يشترطه فى الحج
واختلفوا فى انزال الماء فيما دون الفرج فقال أبو حنيفة لا يفسد الحج الا الانزال
فى الفرج وقال الشافعى ما يوجب الحد يفسد الحج وقال مالك الانزال نفسه يفسد
الحج وكذلك مقدماته من المباشرة والقبلة واستحب الشافعى فيمن جامع دون
الفرج أن يهدى واختلفوا فيمن وطئ مرارا فقال مالك ليس عليه الا هدى
واحد وقال أبو حنيفة ان كرر الوطء فى مجلس واحد كان عليه هدى واحد وان كرره
فى مجالس كان عليه لكل وطء هدى وقال محمد بن الحسن يجزيه هدى واحد وان
كرر الوطء ما لم يهد لوطئه الاول وعن الشافعى الثلاثة الأقوال الا أن الأشهر عنه مثل
قول مالك واختلفوا فيمن وطئ ناسيا فسوى مالك فى ذلك بين العمد والنسيان
وقال الشافعى فى الجديد لا كفارة عليه واختلفوا هل على المرأة هدى فقال مالك
ان طاوعته فعليها هدى وان أكرهها فعليه هديان وقال الشافعى ليس عليه
الا هدى واحد كقوله فى المجامع فى رمضان وجمهور العلماء على أنهما اذا حجا من قابل
تفرقا أعنى الرجل والمرأة وقيل لا يفترقان والقول بان لا يفترقا مروى عن بعض
الصحابة والتابعين وبه قال أبو حنيفة واختلف قول مالك والشافعى من أين
يفترقان فقال الشافعى يفترقان من حيث أفسدا الحج وقال مالك يفترقان من
حيث أحرما الا أن يكونا أحرما قبل الميقات فمن أخذهما بالافتراق فسدا للذريعة

وعقوبة ومن لم يؤاخذهما به جريا على الأصل وانه لا يثبت حكم فى هذا الباب الا بسماع واختلفوا فى الهدى الواجب فى الجماع ماهو فقال مالك وأبو حنيفة هو شاة وقال الشافعى لا تجزىء الا بدنة وان لم يجد قوّمت البدنة دراهم وقوّمت الدراهم طعاما فان لم يجد صام عن كل مد يوما قال والاطعام والهدى لا يجزى الا بمكة أو بمنى والصوم حيث شاء وقال مالك كل نقص دخل الاحرام من وطء أو حلق شعر أو احصار فان صاحبه ان لم يجد الهدى صام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة اذا رجع ولا يدخل الاطعام فيه فمالك شبه الدم اللازم ههنا بدم المتمتع والشافعى شبهه بالدم الواجب فى الفدية والاطعام عند مالك لا يكون الا فى كفارة الصيد وكفارة ازالة الأذى والشافعى يرى أن الصيام والاطعام قد وقعا بدل الدم فى موضعين ولم يقع بدلهما الا فى موضع واحد فقياس المسكوت عنه على المنطوق به فى الاطعام أولى فهذا ما يخص الفساد بالجماع وأما الفساد بفوات الوقت وهو أن يفوته الوقوف بعرفة يوم عرفة فان العلماء أجمعوا ان من هذه صفته لا يخرج من احرامه الا بالطواف بالبيت والسعى بين الصفا والمروة أعنى أنه يحل ولا بد بعمرة وان عليه حج قابل واختلفوا هل عليه هدى أم لا فقال مالك والشافعى وأحمد والثورى وأبو ثور عليه الهدى وعمدتهم اجماعهم على أن من حبسه مرض حتى فاته الحج أن عليه الهدى وقال أبو حنيفة يتحلل بعمرة ويحج من قابل ولا هدى عليه وحجة الكوفيين ان الاصل فى الهدى انما هو بدل من القضاء فاذا كان القضاء فلا هدى الا ما خصصه الاجماع واختلف مالك والشافعى وأبو حنيفة فيمن فاته الحج وكان قارنا هل يقضى حجا مفردا أو مقرونا بعمرة فذهب مالك والشافعى الى أنه يقضى قارنا لأنه انما يقضى مثل الذى عليه وقال أبو حنيفة ليس عليه الا الافراد لأنه قد طاف لعمرته فليس يقضى الا ما فاته وجمهور العلماء على أن من فاته الحج انه لا يقيم على احرامه ذلك الى عام آخر وهذا هو الاختيار عند مالك الا أنه أجاز ذلك ليسقط عنه الهدى ولا يحتاج أن يتحلل بعمرة وأصل اختلافهم فى هذه المسئلة اختلافهم فيمن أحرم بالحج فى غير أشهر الحج فمن لم يجعله محرما لم يجز للذى فاته الحج أن يبقى محرما الى عام آخر ومن أجاز الاحرام فى غير أيام الحج أجاز له البقاء محرما قال القاضى فقد قلنا فى الكفارات

الواجبة بالنص فى الحج وفى صفة القضاء فى الحج الفائت والفاسد وفى صفة احلال من فاته الحج وقلنا قبل ذلك فى الكفارات المنصوص عليها وما ألحق الفقهاء بذلك من كفارة المفسد حجه وبقى أن نقول فى الكفارات التى اختلفوا فيها فى ترك نسك نسك منها من مناسك الحج مما لم ينص عليه

﴿ القول فى الكفارات المسكوت عنها ﴾

فنقول ان الجمهور اتفقوا على أن النسك ضربان نسك هو سنة مؤكدة ونسك هو مرغب فيه فالذى هو سنة يجب على تاركه الدم لانه حج ناقص أصله المتمتع والقارن وروى عن ابن عباس أنه قال من فاته من نسكه شئ فعليه دم وأما الذى هو نفل فلم يروا فيه دما ولكنهم اختلفوا اختلافا كثيرا فى ترك نسك نسك هل فيه دم أم لا وذلك لاختلافهم فيه هل هو سنة أو نفل وأما ما كان فرضا فلا خلاف عندهم انه لا يجبر بالدم وانما يختلفون فى الفعل الواحد نفسه من قبل اختلافهم هل هو فرض أم لا وأما أهل الظاهر فانهم لا يرون دما الا حيث ورد النص لتركهم القياس وبخاصة فى العبادات وكذلك اتفقوا على ان ما كان من التروك مسنونا ففعل ففيه فدية الاذى وما كان مرغبا فيه فليس فيه شئ واختلفوا فى ترك فعل فعل لاختلافهم هل هو سنة أم لا وأهل الظاهر لا يوجبون الفدية الا فى المنصوص عليه ونحن نذكر المشهور من اختلاف الفقهاء فى ترك نسك نسك أعنى فى وجوب الدم أو لا وجوبه من أول المناسك الى آخرها وكذلك فى فعل محظور فأول ما اختلفوا فيه من المناسك من جاوز الميقات فلم يحرم هل عليه دم فقال قوم لادم عليه وقال قوم عليه الدم وان رجع وهو قول مالك وابن المبارك وروى عن الثورى وقال قوم ان رجع اليه فليس عليه دم وان لم يرجع فعليه دم وهو قول الشافعى وأبى يوسف ومحمد ومشهور قول الثورى وقال أبو حنيفة ان رجع ملبيا فلادم عليه وان رجع غير ملب كان عليه الدم وقال قوم هو فرض ولا يجبره بالدم واختلفوا فيمن غسل رأسه بالخطمى فقال مالك وأبو حنيفة يفتدى وقال الثورى وغيره لاشئ عليه ورأى مالك أن فى الحمام الفدية وأباحه الأكثرون وروى عن ابن عباس من طريق ثابت دخوله والجمهور على انه يفتدى من لبس من المحرمين ما نهى

عن لباسه واختلفوا اذا لبس السراويل لعدمه الازار هل يفتدى أم لا فقال مالك وأبو حنيفة يفتدى وقال الثورى وأحمد وأبو ثور وداود لا شئ عليه اذا لم يجد ازارا وعمدة من منع النهى المطلق وعمدة من لم ير فيه فدية حديث عمرو بن دينار عن جابر وابن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول السراويل لمن لم يجد الازار والخف لمن لم يجد النعلين واختلفوا فيمن لبس الخفين مقطوعين مع وجود النعلين فقال مالك عليه الفدية وقال أبو حنيفة لا فدية عليه والقولان عن الشافعى واختلفوا فى لبس المرأة القفازين هل فيه فدية أم لا وقد ذكرنا كثيرا من هذه الاحكام فى باب الاحرام وكذلك اختلفوا فيمن ترك التلبية هل عليه دم أم لا وقد تقدم واتفقوا على أن من نكس الطواف أو نسى شوطا من أشواطه انه يعيده مادام بمكة واختلفوا اذا بلغ الى أهله فقال قوم منهم أبو حنيفة يجزيه الدم وقال قوم بل يعيد ويجبر ما نقصه ولا يجزيه الدم وكذلك اختلفوا فى وجوب الدم على من ترك الرمل فى الثلاثة الاشواط وبالوجوب قال ابن عباس والشافعى وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور واختلف فى ذلك قول مالك وأصحابه والخلاف فى هذه الاشياء كلها مبناه على انه هل هو سنة أم لا وقد تقدم القول فى ذلك وتقبيل الحجر أو تقبيل يده بعد وضعها عليه اذا لم يصل الحجر عند كل من لم يوجب الدم (١) قياسا على المتمتع اذا تركه فيه دم وكذلك اختلفوا فيمن نسى ركعتى الطواف حتى رجع الى بلده هل عليه دم أم لا فقال مالك عليه دم وقال الثورى يركعهما مادام فى الحرم وقال الشافعى وأبو حنيفة يركعهما حيث شاء والذين قالوا فى طواف الوداع انه ليس بفرض اختلفوا فيمن تركه ولم يتمكن له العودة اليه هل عليه دم أم لا فقال مالك ليس عليه شئ الا أن يكون قريبا فيعود وقال أبو حنيفة والثورى عليه دم ان لم يعد وانما يرجع عندهم ما لم يبلغ المواقيت وحجة من لم يره سنة مؤكدة سقوطه عن المكى والحائض وعند أبى حنيفة انه اذا لم يدخل الحجر فى الطواف أعاد ما لم يخرج من مكة فان خرج فعليه دم واختلفوا هل من شرط صحة الطواف المشى فيه مع القدرة عليه فقال مالك هو من شرطه كالقيام فى الصلاة فان عجز كان كصلاة

(١) من لم يوجب الدم هكذا بالنسخ ولعله يوجب بدون لم تأمل اهـ مصححه

القاعد ويعيد عنده أبدا الا اذا رجع الى بلده فان عليه دما وقال الشافعي الركوب في الطواف جائز لان النبي صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت راكبا من غير مرض ولكنه أحب أن يستشرف الناس اليه ومن لم ير السعي واجبا فعليه فيه دم اذا انصرف الى بلده ومن رآه تطوعا لم يوجب فيه شيئا وقد تقدم اختلافهم أيضا فيمن قدم السعي على الطواف هل فيه دم اذا لم يعد حتى يخرج من مكة أم ليس فيه دم واختلفوا في وجوب الدم على من دفع من عرفة قبل الغروب فقال الشافعي وأحمد ان عاد فدفع بعد غروب الشمس فلا دم عليه وان لم يرجع حتى طلع الفجر وجب عليه الدم وقال أبو حنيفة والثوري عليه الدم رجع أو لم يرجع وقد تقدم هذا واختلفوا فيمن وقف من عرفة بعرنة فقال الشافعي لا حج له وقال مالك عليه دم وسبب لاختلاف هل النهي عن الوقوف بها من باب الحظر أو من باب الكراهية وقد ذكرنا في باب أفعال الحج الى انقضائها كثيرا من اختلافهم فيما في تركه دم وما ليس فيه دم وان كان الترتيب يقتضي ذكره في هذا الموضع والاسهل ذكره هنالك قال القاضي فقد قلنا في وجوب هذه العبادة وعلى من تجب وشروط وجوبها ومتى تجب وهي التي تجري مجرى المقدمات لمعرفة هذه العبادة وقلنا بعد ذلك في زمان هذه العبادة ومكانها ومحظوراتها وما اشتملت عليه أيضا من الافعال في مكان مكان من أماكنها وزمان زمان من أزمنتها الجزئية الى انقضاء زمانها ثم قلنا في أحكام التحلل الواقع في هذه العبادة وما يقبل من ذلك الاصلاح بالكفارات وما لا يقبل الاصلاح بل يوجب العبادة وقلنا أيضا في حكم الاعادة بحسب موجباتها وفي هذا الباب يدخل من شرع فيها فأحصر بمرض أو عدو أو غير ذلك والذي بقي من أفعال هذه العبادة هو القول في الهدي وذلك أن هذا النوع من العبادات هو جزء من هذه العبادة وهو مما ينبغي أن يفرد بالنظر فلنقل فيه

﴿ القول في الهدي ﴾

فنقول ان النظر في الهدي يشتمل على معرفة وجوبه وعلى معرفة جنسه وعلى معرفة سنه وكيفية سوقه ومن أين يساق والى أين ينتهي بسوقه وهو موضع نحره وحكم لحمه بعد النحر فنقول انهم قد أجمعوا على ان الهدي المسوق في هذه العبادة منه

واجب ومنه تطوع فالواجب منه ماهو واجب بالنذر ومنه ماهو واجب فى بعض أنواع هذه العبادة ومنه ماهو واجب لانه كفارة فأما ماهو واجب فى بعض أنواع هذه العبادة فهو هدى المتمتع باتفاق وهدى القارن باختلاف وأما الذى هو كفارة فهدى القضاء على مذهب من يشترط فيه الهدى وهدى كفارة الصيد وهدى القاء الأذى والتفث وما أشبه ذلك من الهدى الذى قاسه الفقهاء فى الاخلال بنسك نسك منها على المنصوص عليه فأما جنس الهدى فان العلماء متفقون على انه لا يكون الهدى الا من الازواج الثمانية التى نص الله عليها وان الافضل فى الهدايا هى الابل ثم البقر ثم الغنم ثم المعز وانما اختلفوا فى الضحايا وأما الاسنان فانهم أجمعوا ان الثنى فما فوقه يجزى منها وانه لا يجزى الجذع من المعز فى الضحايا والهدايا لقوله عليه الصلاة والسلام لأبى بردة تجزى عنك ولا تجزى عن أحد بعدك واختلفوا فى الجذع من الضأن فأكثر أهل العلم يقولون بجوازه فى الهدايا والضحايا وكان ابن عمر يقول لا يجزى فى الهدايا الا الثنى من كل جنس ولا خلاف فى ان الاغلى ثمنا من الهدايا افضل وكان الزبير يقول لبنيه يابنى لا يهدين أحد كم لله من الهدى شيأ يستحى أن يهديه لكريمه فان الله أكرم الكرماء وأحق من اختيرله وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الرقاب وقد قيل له أيها أفضل فقال أغلاها ثمنا وأنفسها عند أهلها وليس فى عدد الهدى حد معلوم وكان هدى رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة وأما كيفية سوق الهدى فهو التقليد والاشعار بأنه هدى لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج عام الحديبية فلما كان بذى الحليفة قلد الهدى وأشعره وأحرم واذا كان الهدى من الابل والبقر فلا خلاف انه يقلد نعلا أو نعلين أو ما أشبه ذلك لمن لم يجد النعال واختلفوا فى تقليد الغنم فقال مالك وأبو حنيفة لا تقلد الغنم وقال الشافعى وأحمد وأبو ثور وداود تقلد لحديث الاعمش عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم أهدى الى البيت مرة غنما فقلده واستحبوا توجيهه الى القبلة فى حين تقليده واستحب مالك الاشعار من الجانب الايسر لما رواه عن نافع عن ابن عمر انه كان اذا أهدى هديا من المدينة قلده وأشعره بذى الحليفة قلده قبل أن يشعره وذلك فى مكان واحد وهو موجه للقبلة يقلده بنعلين ويشعره من الشق الايسر ثم يساق معه حتى يوقف به مع الناس بعرفة ثم يدفع به

معهم اذا دفعوا واذا قدم منى غداة النحر نحره قبل أن يحلق أو يقصر وكان هو ينحر
هديه بيده يصفهن قياما ويوجههن للقبلة ثم يأكل ويطعم واستحب الشافعى وأحمد
وأبو ثور الاشعار من الجانب الايمن لحديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم صلى الظهر بذى الحليفة ثم دعا ببدنة فأشعرها من صفحة سنامها الايمن
ثم سلت الدم عنها وقلدها بنعلين ثم ركب راحلته فلما استوت على البيداء أهل
بالحج وأما من أين يساق الهدى فان مالكا يرى ان من سنته أن يساق من الحل
ولذلك ذهب الى أن من اشترى الهدى بمكة ولم يدخله من الحل ان عليه أن يقفه
بعرفة وان لم يفعل فعليه البدل وأما ان كان أدخله من الحل فيستحب له أن يقفه
بعرفة وهو قول ابن عمر وبه قال الليث وقال الشافعى والثورى وابو ثور وقوف
الهدى بعرفة سنة ولا حرج على من لم يقفه كان داخلا من الحل أو لم يكن وقال
أبو حنيفة ليس توقيف الهدى بعرفة من السنة وحجة مالك فى ادخال الهدى من
الحل الى الحرم ان النبى عليه السلام كذلك فعل وقال خذوا عنى مناسككم وقال
الشافعى التعريف سنة مثل التقليد وقال أبو حنيفة ليس التعريف بسنة وانما
فعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لأن مسكنه كان خارج الحرم وروى عن
عائشة التخيير فى تعريف الهدى أولا تعريفه وأما محله فهو البيت العتيق كما قال
تعالى (ثم محلها الى البيت العتيق) وقال (هديا بالغ الكعبة) وأجمع العلماء
على ان الكعبة لا يجوز لأحد فيها ذبح وكذلك المسجد الحرام وان المعنى فى قوله
هديا بالغ الكعبة انه انما أراد به النحر بمكة احسانا منه لمساكينهم وفقرائهم وكان
مالك يقول انما المعنى فى قوله هديا بالغ الكعبة مكة وكان لا يجيز لمن نحر هديه فى الحرم
الا أن ينحره بمكة وقال الشافعى وأبو حنيفة ان نحره فى غير مكة من الحرم أجزأه
وقال الطبرى يجوز نحر الهدى حيث شاء المهدى الا هدى القران وجزاء الصيد
فانهما لا ينحران الا بالحرم وبالجملة فالنحر بمنى اجماع من العلماء وفى العمرة بمكة
الا ما اختلفوا فيه من نحر المحصر وعند مالك ان نحر للحج بمكة والعمرة بمنى أجزأه
وحجة مالك فى انه لا يجوز النحر بالحرم الا بمكة قوله صلى الله عليه وسلم وكل فجاج
مكة وطرقها منحر واستثنى مالك من ذلك هدى الفدية فأجاز ذبحه بغير مكة وأما متى

ينحر فان مالكا قال ان ذبح هدى التمتع أو التطوع قبل يوم النحر لم يجزه . وجوزه
أبو حنيفة فى التطوع وقال الشافعي يجوز فى كليهما قبل يوم النحر ولا خلاف عند
الجمهور ان ما عدل من الهدى بالصيام انه يجوز حيث شاء لانه لا منفعة فى ذلك لا لأهل
الحرم ولا لأهل مكة وانما اختلفوا فى الصدقة المعدولة عن الهدى فجمهور العلماء
على انها لمساكين مكة والحرم لانها بدل من جزاء الصيد الذى هو لهم وقال مالك
الاطعام كالصيام يجوز بغير مكة وأما صفة النحر فالجمهور مجمعون على ان التسمية
مستحبة فيها لانها ذكاة ومنهم من استحب مع التسمية التكبير ويستحب للمهدى
أن يلى نحر هديه بيده وان استخلف جاز وكذلك فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم
فى هديه ومن سنتها أن تنحر قياما لقوله سبحانه (فاذكروا اسم الله عليها صواف)
وقد تكلم فى صفة النحر فى كتاب الذبح وأما ما يجوز لصاحب الهدى من الانتفاع به
وبلحمه فان فى ذلك مسائل مشهورة أحدها هل يجوز له ركوب الهدى الواجب
أو التطوع فذهب أهل الظاهر الى أن ركوبه جائز من ضرورة ومن غير ضرورة
وبعضهم أوجب ذلك وكره جمهور فقهاء الامصار ركوبها من غير ضرورة والحجة
للجمهور ما خرجه أبو داود عن جابر وقد سئل عن ركوب الهدى فقال سمعت رسول
الله صلى الله عليه وسلم يقول اركبها بالمعروف اذا ألجئت اليها حتى تجد ظهرا ومن
طريق المعنى ان الانتفاع بما قصد به القربة الى الله تعالى منعه مفهوم من الشريعة
وحجة أهل الظاهر ما رواه مالك عن أبى الزناد عن الاعرج عن أبى هريرة أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها فقال يا رسول الله انها
هدى فقال اركبها ويلك فى الثانية أو فى الثالثة وأجمعوا ان هدى التطوع اذا بلغ
محله انه يأكل منه صاحبه كسائر الناس وانه اذا عطب قبل أن يبلغ محله خلى بينه وبين
الناس ولم يأكل منه وزاد داود ولا يطعم منه شيأ أهل رفقته لما ثبت أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم بعث بالهدى مع ناجية الاسلمى وقال له انه عطب منها شئ فانحره
ثم اصبغ نعليه فى دمه وخل بينه وبين الناس وروى عن ابن عباس هذا الحديث
فزاد فيه ولا تأكل منه أنت ولا أهل رفقتك وقال بهذه الزيادة داود وأبو ثور
واختلفوا فيم يجب على من أكل منه فقال مالك ان أكل منه وجب عليه بدله وقال

الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد وابن أحبيب من أصحاب مالك عليه قيمة ماأكل أو أمر بأكله طعاما يتصدق به وروى ذلك عن علي وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين وماعطب في الحرم قبل أن يصل مكة فهل بلغ محله أم لا فيه الخلاف مبني على الخلاف المتقدم هل المحل هو مكة أو الحرم وأما الهدى الواجب اذا عطب قبل محله فان لصاحبه أن يأكل منه لان عليه بدله ومنهم من أجاز له بيع لحمه وأن يستعين به في البدل وكره ذلك مالك واختلفوا في الاكل من الهدى الواجب اذا بلغ محله فقال الشافعي لا يؤكل من الهدى الواجب كله ولحمه كله للمساكين وكذلك جله ان كان مجللا والنعل الذي قلده وقال مالك يؤكل من كل الهدى الواجب الا جزاء الصيد ونذر المساكين وفدية الاذى وقال أبو حنيفة لا يؤكل من الهدى الواجب الا هدى المتعة وهدى القران وعمدة الشافعي تشبيه جميع أصناف الهدى الواجب بالكفارة وأما من فرق فلأنه يظهر في الهدى معنيان أحدهما انه عبادة مبتدأة والثاني انه كفارة وأحد المعنيين في بعضها أظهر فمن غلب شبهه بالعبادة على شبهه بالكفارة في نوع نوع من أنواع الهدى كهدى القرآن وهدى التمتع وبخاصة عند من يقول ان التمتع والقران أفضل لم يشترط أن لا يأكل لان هذا الهدى عنده هو فضيلة لا كفارة تدفع العقوبة ومن غلب شبهه بالكفارة قال لا يأكله لاتفاقهم على انه لا يأكل صاحب الكفارة من الكفارة ولما كان جزاء هدى الصيد وفدية الاذى ظاهر من أمرهما انهما كفارة لم يختلف هؤلاء الفقهاء في انه لا يأكل منها قال القاضي فقد قلنا في حكم الهدى وفي جنسه وفي سنه وكيفية سوقه وشروط صحته من المكان والزمان وصفة نحره وحكم الانتفاع به وذلك ماقصدناه والله الموفق للصواب وبتمام القول في هذا بحسب ترتيبنا تم القول في هذا الكتاب بحسب غرضنا ولله الشكر والحمد كثيرا على ماوفق وهدى ومن به من التمام والكمال وكان الفراغ منه يوم الاربعاء التاسع من جمادى الاولى الذي هو من عام أربعة وثمانين وخمسمائة وهو جزء من كتاب المجتهد الذي وضعته منذ أزيد من عشرين عاما أو نحوها والحمد لله رب العالمين كان رضي الله عنه عزم حين تأليف الكتاب أولا ألا يثبت كتاب الحج ثم بدا له بعد فأثبته

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما ﴾

(كتاب الجهاد)

والقول المحيط بأصول هذا الباب ينحصر فى جملتين الجملة الاولى فى معرفة أركان الحرب الثانية فى أحكام أموال المحاربين اذا تملكها المسلمون

﴿ الجملة الأولى ﴾ وفى هذه الجملة فصول سبعة أحدها معرفة حكم هذه الوظيفة ولمن تلزم والثانى معرفة الذين يحاربون والثالث معرفة مايجوز من النكاية فى صنف صنف من أصناف أهل الحرب مما لايجوز والرابع معرفة جواز شروط الحرب والخامس معرفة العدد الذين لايجوز الفرار عنهم والسادس هل تجوز المهادنة والسابع لماذا يحاربون

(الفصل الأول)

فأما حكم هذه الوظيفة فأجمع العلماء على انها فرض على الكفاية لافرض عين الاعبد الله بن الحسن فانه قال انها تطوع وانما صار الجمهور الى كونه فرضا لقوله تعالى (كتب عليكم القتال وهو كره لكم) الآية وأما كونه فرضا على الكفاية أعنى اذا قام به البعض سقط عن البعض فلقوله تعالى (وما كان المؤمنون لينفروا كافة) الآية وقوله (وكلا وعد الله الحسنى) ولم يخرج قط رسول الله صلى الله عليه وسلم للغزو الاوترك بعض الناس فاذا اجتمعت هذه اقتضى ذلك كون هذه الوظيفة فرضا على الكفاية وأما على من يجب فهم الرجال الاحرار البالغون الذين يجدون بما يغزون الاصحاء لا المرضى ولا الزمنى وذلك لاخلاف فيه لقوله تعالى (ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج) وقوله (ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لايجدون ماينفقون حرج الآية) وأما كون هذه الفريضة تختص بالاحرار فلا أعلم فيها خلافا وعامة العلماء متفقون على ان من شرط هذه الفريضة اذن الأبوين فيها الا أن تكون عليه فرض عين مثل أن لايكون هنالك من يقوم بالفرض الا بقيام الجميع به والأصل فى هذا ماثبت أن رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم انى أريد الجهاد قال أحى والداك قال نعم قال ففيهما فجاهد واختلفوا فى اذن الأبوين المشركين وكذلك اختلفوا فى اذن الغريم اذا كان عليه

دين لقوله عليه الصلاة والسلام وقد سأله الرجل أيكفر الله عنى خطاياى ان مت صابرا محتسبا فى سبيل الله قال نعم الا الدين كذلك قال لى جبريل آنفا والجمهور على جواز ذلك وبخاصة اذا تخلف وفاء من دينه

(الفصل الثانى)

فأما الذين يحاربون فاتفقوا على انهم جميع المشركين لقوله تعالى (وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله) الا ماروى عن مالك أنه قال لا يجوز ابتداء الحبشة بالحرب ولا الترك لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال ذروا الحبشة ماوذرتكم وقد سئل مالك عن صحة هذا الأثر فلم يعترف بذلك لكن قال لم يزل الناس يتحامون غزوهم

(الفصل الثالث)

وأما مايجوز من النكاية فى العدو فان النكاية لا تخلو أن تكون فى الأموال أو فى النفوس أو فى الرقاب أعنى الاستعباد والتملك فأما النكاية التى هى الاستعباد فهى جائزة بطريق الاجماع فى جميع أنواع المشركين أعنى ذكرانهم واناثهم شيوخهم وصبيانهم صغارهم وكبارهم الا الرهبان فان قوما رأوا أن يتركوا ولا يؤسروا بل يتركوا دون أن يعرض اليهم لا بقتل ولا باستعباد لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم فذرهم وما حبسوا أنفسهم اليه اتباعا لفعل أبى بكر وأكثر العلماء على أن الامام مخير فى الاسارى فى خصال منها أن يمن عليهم ومنها أن يستعبدهم ومنها أن يقتلهم ومنها أن يأخذ منهم الفداء ومنها أن يضرب عليهم الجزية وقال قوم لا يجوز قتل الأسير وحكى الحسن بن محمد التميمى أنه اجماع الصحابة والسبب فى اختلافهم تعارض الآية فى هذا المعنى وتعارض الافعال ومعارضة ظاهر الكتاب لفعله عليه الصلاة والسلام وذلك ان ظاهر قوله تعالى (فاذا لقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب) الآية انه ليس للامام بعد الاسر الا المن أو الفداء وقوله تعالى (ما كان لنبى أن يكون له أسرى حتى يثخن فى الأرض) الآية والسبب الذى نزلت فيه من أسارى بدر يدل على ان القتل أفضل من الاستعباد وأما هو عليه الصلاة والسلام فقد قتل

الاسارى فى غير ماموطن وقدمن واستعبد النساء وقد حكى أبو عبيد أنه لم يستعبد أحرار ذكور العرب وأجمعت الصحابة بعده على استعباد أهل الكتاب ذكرانهم واناثهم فمن رأى ان الآية الخاصة بفعل الاسارى ناسخة لفعله قال لا يقتل الاسير ومن رأى ان الآية ليس فيها ذكر لقتل الاسير ولا المقصود منها حصر ما يفعل بالاسارى بل فعله عليه الصلاة والسلام هو حكم زائد على ما فى الآية ويحط العتب الذى وقع فى ترك قتل أسارى بدر قال بجواز قتل الاسير والقتل انما يجوز اذا لم يكن يوجد بعد تأمين وهذا ما لا خلاف فيه بين المسلمين وانما اختلفوا فيمن يجوز تأمينه ممن لا يجوز واتفقوا على جواز تأمين الامام وجمهور العلماء على جواز أمان الرجل الحر المسلم الا ما كان ابن الماجشون يرى أنه موقوف على اذن الامام واختلفوا فى أمان العبد وأمان المرأة فالجهور على جوازه وكان ابن الماجشون وسحنون يقولان أمان المرأة موقوف على اذن الامام وقال أبو حنيفة لا يجوز أمان العبد الا أن يقاتل والسبب فى اختلافهم معارضة العموم للقياس أما العموم فقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم فهذا يوجب أمان العبد بعمومه وأما القياس المعارض له فهو ان الامان من شرطه الكمال والعبد ناقص بالعبودية فوجب أن يكون للعبودية تأثير فى اسقاطه قياسا على تأثيرها فى اسقاط كثير من الأحكام الشرعية وان نخصص ذلك العموم بهذا القياس وأما اختلافهم فى أمان المرأة فسببه اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام قد أجرنا من أجرت ياأم هانئ وقياس المرأة فى ذلك على الرجل وذلك ان من فهم من قوله عليه الصلاة والسلام قد أجرنا من أجرت ياأم هانئ اجازة أمانها الا صحته فى نفسه وأنه لولا اجازته لذلك لم يؤثر قال لا أمان للمرأة الا أن يجيزه الامام ومن فهم من ذلك ان امضاءه أمانها كان من جهة انه قد كان انعقد وأثر لا من جهة ان اجازته هى التى صححت عقده قال أمان المرأة جائز وكذلك من قاسها على الرجل ولم ير بينهما فرقا فى ذلك أجاز أمانها ومن رأى انها ناقصة عن الرجل لم يجز أمانها وكيفما كان فالامان غير مؤثر فى الاستعباد وانما يؤثر فى القتل وقد يمكن أن يدخل الاختلاف فى هذا من قبل اختلافهم فى ألفاظ جموع المذكر هل تتناول النساء أم لا أعنى بحسب العرف الشرعى .

وأما النكاية التى تكون فى النفوس فهى القتل ولا خلاف بين المسلمين انه يجوز فى الحرب قتل المشركين الذكران البالغين المقاتلين وأما القتل بعد الاسر ففيه الخلاف الذى ذكرنا وكذلك لا خلاف بينهم فى أنه لا يجوز قتل صبيانهم ولا قتل نسائهم مالم تقاتل المرأة والصبى فاذا قاتلت المرأة استبيح دمها وذلك لما ثبت أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء والولدان وقال فى امرأة مقتولة ما كانت هذه لتقاتل واختلفوا فى أهل الصوامع المنتزعين عن الناس والعميان والزمنى والشيوخ الذين لا يقاتلون والمعتوه والحراث والعسيف فقال مالك لا يقتل الاعمى ولا المعتوه ولا أصحاب الصوامع ويترك لهم من أموالهم بقدر ما يعيشون به وكذلك لا يقتل الشيخ الفانى عنده وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال الثورى والاوزاعى لا تقتل الشيوخ فقط وقال الاوزاعى لا تقتل الحراث وقال الشافعى فى الاصح عنه تقتل جميع هذه الاصناف والسبب فى اختلافهم معارضة بعض الآثار بخصوصها لعموم الكتاب ولعموم قوله عليه الصلاة والسلام الثابت أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث وذلك ان قوله تعالى (فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) يقتضى قتل كل مشرك راهبا كان أو غيره وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله وأما الآثار التى وردت باستبقاء هذه الاصناف فنها ما رواه داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس ان النبى صلى الله عليه وسلم كان اذا بعث جيوشه قال لا تقتلوا أصحاب الصوامع ومنها أيضا ما روى عن أنس بن مالك عن النبى عليه الصلاة والسلام قال لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا صغيرا ولا امرأة ولا تغلوا خرجه أبو داود ومن ذلك أيضا ما رواه مالك عن أبى بكر انه قال ستجدون قوما زعموا انهم حبسوا أنفسهم لله فدعهم وما حبسوا أنفسهم له وفيه ولا تقتلن امرأة ولا صبيا ولا كبيرا هرما ويشبه ان يكون السبب الاملك فى الاختلاف فى هذه المسئلة معارضة قوله تعالى (وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين) لقوله تعالى (فاذا انسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) الآية فمن رأى ان هذه ناسخة لقوله تعالى وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم لأن القتال أولا انما أبيح لمن يقاتل قال الآية على

عمومها ومن رأى ان قوله تعالى وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم هى محكمة وانها تتناول هؤلاء الاصناف الذين لا يقاتلون (٧) استثناها من عموم ذلك وقد احتج الشافعى بحديث سمرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم وكأن العلة الموجبة للقتل عنده انما هى الكفر فوجب أن تطرد هذه العلة فى جميع الكفار وأما من ذهب الى أنه لا يقتل الحراث فانه احتج فى ذلك بما روى عن زيد بن وهب قال أتانا كتاب عمر رضى الله عنه وفيه لا تغلوا ولا تغدروا ولا تقتلوا وليدا واتقوا الله فى الفلاحين وجاء فى حديث رباح بن ربيعة النهى عن قتل العسيف المشرك وذلك انه خرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى غزوة غزاها فمر رباح وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على امرأة مقتولة فوقف رسول الله صلى الله عليه وسلم عليها ثم قال ما كانت هذه لتقاتل ثم نظر فى وجوه القوم فقال لاحدهم الحق بخالد بن الوليد فلا يقتلن ذرية ولا عسيفا ولا امرأة والسبب الموجب بالجملة لاختلافهم اختلافهم فى العلة الموجبة للقتل فمن زعم ان العلة الموجبة لذلك هى الكفر لم يستثن أحدا من المشركين ومن زعم ان العلة فى ذلك اطاقة القتال للنهى عن قتل النساء مع انهن كفار استثنى من لم يطق القتال ومن لم ينصب نفسه اليه كالفلاح والعسيف * وصح النهى عن المثلة واتفق المسلمون على جواز قتلهم بالسلاح واختلفوا فى تحريقهم بالنار فكره قوم تحريقهم بالنار ورميهم بها وهو قول عمر ويروى عن مالك وأجاز ذلك سفيان الثورى وقال بعضهم ان ابتدأ العدو بذلك جاز والا فلا والسبب فى اختلافهم معارضة العموم للخصوص أما العموم فقوله (فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) ولم يستثن قتلا من قتل وأما الخصوص فما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى رجل ان قدرتم عليه فاقتلوه ولا تحرقوه بالنار فانه لا يعذب بالنار الا رب النار واتفق عوام الفقهاء على جواز رمى الحصون بالمجانيق سواء كان فيها نساء وذرية أو لم يكن لما جاء أن النبى عليه الصلاة والسلام نصب المنجنيق على أهل الطائف وأما اذا كان الحصن فيه اسارى

---

(٧) قوله تتناول الخ هكذا هذه العبارة ولينظر التناول بعد قوله يقاتلونكم تأمل اه مصححه

من المسلمين وأطفال من المسلمين فقالت طائفة يكف عن رميهم بالمنجنيق و به قال الاوزاعى وقال الليث ذلك جائز ومعتمد من لم يجزه قوله تعالى (لو تزيلوا لعذبنا الذين كفروا منهم عذابا أليما) الآية وأما من أجاز ذلك فكأنه نظر الى المصلحة فهذا هو مقدار النكاية التى يجوز أن تبلغ بهم فى نفوسهم ورقابهم وأما النكاية التى تجوز فى أموالهم وذلك فى المبانى والحيوان والنبات فانهم اختلفوا فى ذلك فأجاز مالك قطع الشجر والثمار وتخريب العامر ولم يجز قتل المواشى ولا تحريق النخل وكره الاوزاعى قطع الشجر المثمر وتخريب العامر كنيسة كان أو غير ذلك وقال الشافعى تحرق البيوت والشجر اذا كانت لهم معاقل وكره تخريب البيوت وقطع الشجر اذا لم يكن لهم معاقل والسبب فى اختلافهم مخالفة فعل أبى بكر فى ذلك لفعله عليه الصلاة والسلام وذلك أنه ثبت أنه عليه الصلاة والسلام حرق نخل بنى النضير وثبت عن أبى بكر انه قال لا تقطعن شجرا ولا تخربن عامرا فمن ظن أن فعل أبى بكر هذا انما كان لمكان علمه بنسخ ذلك الفعل منه صلى الله عليه وسلم اذ لا يجوز على أبى بكر أن يخالفه مع علمه بفعله أو رأى أن ذلك كان خاصا ببنى النضير لغزوهم قال بقول أبى بكر ومن اعتمد فعله عليه الصلاة والسلام ولم ير قول أحد ولا فعله حجة عليه قال بتحريق الشجر وانما فرق مالك بين الحيوان والشجر لأن قتل الحيوان مثلة وقد نهى عن المثلة ولم يأت عنه عليه الصلاة والسلام أنه قتل حيوانا فهذا هو معرفة النكاية التى يجوز أن تبلغ من الكفار فى نفوسهم وأموالهم

(الفصل الرابع)

وأما شرط الحرب فهو بلوغ الدعوة باتفاق أعنى انه لا يجوز حرابتهم حتى يكونوا قد بلغتهم الدعوة وذلك شئ مجتمع عليه من المسلمين لقوله تعالى (وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا) وأما هل يجب تكرار الدعوة عند تكرار الحرب فانهم اختلفوا فى ذلك فمنهم من أوجبها ومنهم من استحبها ومنهم من لم يوجبها ولا استحبها والسبب فى اختلافهم معارضة القول للفعل وذلك أنه ثبت أنه عليه السلام كان اذا بعث سرية قال لأميرها اذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى ثلاث خصال أو خلال فأيتهن ما أجابوك اليها فاقبل منهم وكف عنهم ادعهم الى الاسلام فان أجابوك فاقبل

منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين واعلمهم أنهم ان فعلوا ذلك ان لهم ما للمهاجرين وان عليهم ما على المهاجرين فان أبوا واختاروا دارهم فاعلمهم انهم يكونون كاعراب المسلمين يجرى عليهم حكم الله الذى يجرى على المؤمنين ولا يكون لهم فى الفىء والغنيمة نصيب الا أن يجاهدوا مع المسلمين فان هم أبوا فادعهم الى اعطاء الجزية فان أجابوا فاقبل منهم وكف عنهم فان أبوا فاستعن بالله وقاتلهم وثبت من فعله عليه السلام أنه كان يبيت العدو ويغير عليهم مع الغدوات فمن الناس وهم الجمهور من ذهب الى ان فعله ناسخ لقوله وان ذلك انما كان فى أول الاسلام قبل أن تنتشر الدعوة بدليل دعوتهم فيه الى الهجرة ومن الناس من رجح القول على الفعل وذلك بأن حمل الفعل على الخصوص ومن استحسن الدعاء فهو وجه من الجمع

(الفصل الخامس)

وأما معرفة العدد الذين لا يجوز الفرار عنهم فهم الضعف وذلك مجمع عليه لقوله تعالى (الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفا) الآية وذهب ابن الماجشون ورواه عن مالك ان الضعف انما يعتبر فى القوة لا فى العدد وانه يجوز أن يفر الواحد عن واحد اذا كان أعتق جوادا منه وأجود سلاحا وأشد قوة

(الفصل السادس)

فاما هل تجوز المهادنة فان قوما أجازوها ابتداء من غير سبب اذا رأى ذلك الامام مصلحة للمسلمين وقوم لم يجيزوها الا لمكان الضرورة الداعية لأهل الاسلام من فتنة أو غير ذلك اما بشئ يأخذونه منهم لا على حكم الجزية اذ كانت الجزية انما شرطها أن تؤخذ منهم وهم بحيث تنفذ عليهم أحكام المسلمين واما بلا شئ يأخذونه منهم وكان الاوزاعى يجيز أن يصالح الامام الكفار على شئ يدفعه المسلمون الى الكفار اذا دعت الى ذلك ضرورة فتنة أو غير ذلك من الضرورات وقال الشافعى لا يعطى المسلمون الكفار شيأ الا أن يخافوا أن يصطلموا لكثرة العدو وقلتهم أو لمحنة نزلت بهم وممن قال باجازة الصلح اذا رأى الامام ذلك مصلحة مالك والشافعى وأبو حنيفة الا أن الشافعى لا يجوز عنده الصلح لأكثر من المدة التى صالح عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم

الكفار عام الحديبية وسبب اختلافهم فى جواز الصلح من غير ضرورة معارضة ظاهر قوله تعالى (فاذا انسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) وقوله تعالى (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر) لقوله تعالى (وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله) فمن رأى ان آية الأمر بالقتال حتى يسلموا أو يعطوا الجزية ناسخة لآية الصلح قال لا يجوز الصلح الامن ضرورة ومن رأى ان آية الصلح مخصصة لتلك قال الصلح جائز اذا رأى ذلك الامام وعضد تأويله بفعله ذلك صلى الله عليه وسلم وذلك أن صلحه صلى الله عليه وسلم عام الحديبية لم يكن لموضع الضرورة وأما الشافعى فلما كان الأصل عنده الأمر بالقتال حتى يسلموا أو يعطوا الجزية وكان هذا مخصصا عنده بفعله عليه السلام عام الحديبية لم ير أن يزاد على المدة التى صالح عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد اختلف فى هذه المدة فقيل كانت أربع سنين وقيل ثلاثا وقيل عشر سنين وبذلك قال الشافعى وأما من أجاز أن يصالح المسلمون المشركين بان يعطوا لهم المسلمون شيأ اذا دعت الى ذلك ضرورة فتنة أو غيرها فصيرا الى ماروى أنه كان عليه السلام قد هم أن يعطى بعض ثمر المدينة لبعض الكفار الذين كانوا فى جملة الأحزاب لتخبيبهم فلم يوافقه على القدر الذى كان سمح له به من ثمر المدينة حتى أفاء الله بنصره وأما من لم يجز ذلك الا أن يخاف المسلمون أن يصطلموا فقياسا على اجماعهم على جواز فداء أسارى المسلمين لأن المسلمين اذا صاروا فى هذا الحد فهم بمنزلة الأسارى

(الفصل السابع)

فاما الماذا يحاربون فاتفق المسلمون على أن المقصود بالمحاربة لأهل الكتاب ما عدا أهل الكتاب من قريش ونصارى العرب هو أحد أمرين اما الدخول فى الاسلام واما اعطاء الجزية لقوله تعالى (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرّمون ما حرّم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وكذلك اتفق عامة الفقهاء على أخذها من المجوس لقوله صلى الله عليه وسلم سنوا بهم سنة أهل الكتاب واختلفوا فيما سوى

أهل الكتاب من المشركين هل تقبل منهم الجزية أم لا فقال قوم تؤخذ الجزية من كل مشرك وبه قال مالك وقوم استثنوا من ذلك مشركي العرب وقال الشافعى وأبو ثور وجماعة لا تؤخذ الا من أهل الكتاب والمجوس والسبب فى اختلافهم معارضة العموم للخصوص أما العموم فقوله تعالى (وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله) وقوله عليه السلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم الا بحقها وحسابهم على الله وأما الخصوص فقوله لامراء السرايا الذين كان يبعثهم الى مشركى العرب ومعلوم انهم كانوا غير أهل كتاب (فاذا لقيت عدوك فادعهم الى ثلاث خصال) فذكر الجزية فيها وقد تقدم الحديث فمن رأى أن العموم اذا تأخر عن الخصوص فهو ناسخ له قال لا تقبل الجزية من مشرك ماعدا أهل الكتاب لأن الآى الآمرة بقتالهم على العموم هى متأخرة عن ذلك الحديث وذلك ان الأمر بقتال المشركين عامة هو فى سورة براءة وذلك عام الفتح وذلك الحديث انما هو قبل الفتح بدليل دعائهم فيه للهجرة ومن رأى أن العموم يبنى على الخصوص تقدم أو تأخر أو جهل التقدم والتأخر بينهما قال تقبل الجزية من جميع المشركين وأما تخصيص أهل الكتاب من سائر المشركين فخرج من ذلك العموم باتفاق بخصوص قوله تعالى (من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وسيأتى القول فى الجزية وأحكامها فى الجملة الثانية من هذا الكتاب فهذه هى أركان الحرب ومما يتعلق بهذه الجملة من المسائل المشهورة النهى عن السفر بالقرآن الى أرض العدو وعامة الفقهاء على أن ذلك غير جائز لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أبو حنيفة يجوز ذلك اذا كان فى العساكر المأمونة والسبب فى اختلافهم هل النهى عام أريد به العام أو عام أريد به الخاص

﴿الجملة الثانية﴾ والقول المحيط بأصول هذه الجملة ينحصر أيضا فى سبعة فصول الأول فى حكم الخمس الثانى فى حكم الاربعة الأخماس الثالث فى حكم الأنفال الرابع فى حكم ما وجد من أموال المسلمين عند الكفار الخامس فى حكم الأرضين السادس فى حكم الفىء السابع فى أحكام الجزية والمال الذى يؤخذ منهم على طريق الصلح

(الفصل الأول)

واتفق المسلمون على أن الغنيمة التي تؤخذ قسرا من أيدي الروم ماعدا الأرضين أن خمسها للامام وأربعة أخماسها للذين غنموها لقوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شيء فان لله خمسه وللرسول الآية واختلفوا في الخمس على أربعة مذاهب مشهورة أحدها أن الخمس يقسم على خمسة أقسام على نص الآية وبه. قال الشافعي والقول الثاني انه يقسم على أربعة أخماس وأن قوله تعالى (فان لله خمسه) هو افتتاح كلام وليس هو قسما خامسا والقول الثالث أنه يقسم اليوم ثلاثة أقسام وأن سهم النبي وذي القربى سقطا بموت النبي صلى الله عليه وسلم والقول الرابع أن الخمس بمنزلة الفيء يعطى منه الغني والفقير وهو قول مالك وعامة الفقهاء والذين قالوا يقسم أربعة أخماس أو خمسة اختلفوا فيما يفعل بسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وسهم القرابة بعد موته فقال قوم يرد على سائر الأصناف الذين لهم الخمس وقال قوم بل يرد على باقي الجيش وقال قوم بل سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم للامام وسهم ذوي القربى لقرابة الامام وقال قوم بل يجعلان في السلاح والعدة واختلفوا في القرابة من هم فقال قوم بنو هاشم فقط وقال قوم بنو عبد المطلب وبنو هاشم وسبب اختلافهم في هل الخمس يقصر على الأصناف المذكورين أم يعدى لغيرهم هو هل ذكر تلك الأصناف في الآية في الآية المقصود منها تعيين الخمس لهم أم قصد التنبيه بهم على غيرهم فيكون ذلك من باب الخاص أريد به العام فمن رأى انه من باب الخاص أريد به الخاص قال لا يتعدى بالخمس تلك الأصناف المنصوص عليها وهو الذي عليه الجمهور ومن رأى انه من باب الخاص أريد به العام قال يجوز للامام أن يصرفها فيما يراه صلاحا للمسلمين واحتج من رأى أن سهم النبي صلى الله عليه وسلم للامام بعده بما روى عنه عليه السلام أنه قال اذا أطعم الله نبيا طعمة فهو للخليفة بعده وأما من صرفه على الأصناف الباقين أو على الغانمين فتشبيها بالصنف المحبس عليهم وأما من قال القرابة هم بنو هاشم وبنو المطلب فانه احتج بحديث جبير بن مطعم قال قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوي القربى لبني هاشم وبني المطلب من الخمس قال وانما بنو هاشم وبنو المطلب صنف واحد ومن قال بنو هاشم صنف فلانهم الذين لا يحل لهم الصدقة

واختلف العلماء فى سهم النبى صلى الله عليه وسلم من الخمس فقال قوم الخمس فقط ولا خلاف عندهم فى وجوب الخمس له غاب عن القسمة أو حضرها وقال قوم بل الخمس والصفى وهو سهم مشهور له صلى الله عليه وسلم وهو شئ كان يصطفيه من رأس الغنيمة فرس أو أمة أو عبد وروى ان صفية كانت من الصفى وأجمعوا على أن الصفى ليس لأحد من بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا أبا ثور فانه قال يجرى مجرى سهم النبى صلى الله عليه وسلم

(الفصل الثانى)

وأجمع جمهور العلماء على ان أربعة أخماس الغنيمة للغانمين اذا خرجوا باذن الامام. واختلفوا فى الخارجين بغير اذن الامام وفيمن يجب له سهمه من الغنيمة ومتى يجب وكم يجب وفيما يجوز له من الغنيمة قبل القسم فالجمهور على ان أربعة أخماس الغنيمة للذين غنموها خرجوا باذن الامام أو بغير ذلك لعموم قوله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شئ) الآية وقال قوم اذا خرجت السرية أو الرجل الواحد بغير اذن الامام فكل ما ساق نفل يأخذه الامام وقال قوم بل يأخذه كله الغانم فالجمهور تمسكوا بظاهر الآية وهؤلاء كأنهم اعتمدوا صورة الفعل الواقع من ذلك فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك أن جميع السرايا انما كانت تخرج عن اذنه عليه السلام فكأنهم رأوا أن اذن الامام شرط فى ذلك وهو ضعيف وأما من له السهم من الغنيمة. فانهم اتفقوا على الذكران الأحرار البالغين واختلفوا فى اضدادهم أعنى فى النساء والعبيد ومن لم يبلغ من الرجال ممن قارب البلوغ فقال قوم ليس للعبيد ولا للنساء حظ من الغنيمة ولكن يرضخ لهم وبه قال مالك وقال قوم لا يرضخ ولا لهم حظ الغانمين وقال قوم بل لهم حظ واحد من الغانمين وهو قول الأوزاعى وكذلك اختلفوا فى الصبى المراهق فمنهم من قال يقسم له وهو مذهب الشافعى ومنهم من اشترط فى ذلك أن يطيق القتال وهو مذهب مالك ومنهم من قال يرضخ له وسبب اختلافهم فى العبيد هو هل عموم الخطاب يتناول الأحرار والعبيد معا أم الأحرار فقط دون العبيد وأيضا فعمل الصحابة معارض لعموم الآية وذلك انه انتشر فيهم رضى الله عنهم أن الغلمان لا سهم لهم روى ذلك عن عمر بن الخطاب وابن عباس.

ذكره ابن أبي شيبة من طرق عنهما قال أبو عمر بن عبد البر أصح ما روى من ذلك
عن عمر ما رواه سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن ابن شهاب عن مالك
ابن أوس بن الحدثان قال قال عمر ليس أحد الا وله في هذا المال حق الا ما ملكت
أيمانكم وانما صار الجمهور الى أن المرأة لا يقسم لها ويرضخ بحديث أم عطية الثابت.
قالت كنا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فنداوي الجرحى ونمرض المرضى.
وكان يرضخ لنا من الغنيمة وسبب اختلافهم هو اختلافهم في تشبيه المرأة بالرجل.
في كونها اذا غزت لها تأثير في الحرب أم لا فانهم اتفقوا على أن النساء مباح لهن
الغزو فمن شبههن بالرجال أوجب لهن نصيبا في الغنيمة ومن رآهن ناقصات عن الرجال
في هذا المعنى اما لم يوجب لهن شيأ واما أوجب لهن دون حظ الغانمين وهو الارضاخ
والأولى اتباع الأثر وزعم الأوزاعي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أسهم للنساء
بخيبر وكذلك اختلفوا في التجار والاجراء هل يسهم لهم أم لا فقال مالك لا يسهم.
لهم الا أن يقاتلوا وقال قوم بل يسهم لهم اذا شهدوا القتال وسبب اختلافهم هو
تخصيص عموم قوله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شئ فان لله خمسه) بالقياس
الذي يوجب الفرق بين هؤلاء وسائر الغانمين وذلك أن من رأى ان التجار والاجراء
حكمهم خلاف حكم سائر المجاهدين لأنهم لم يقصدوا القتال وانما قصدوا اما التجارة.
واما الاجارة استثناهم من ذلك العموم ومن رأى ان العموم أقوى من هذا
القياس أجرى العموم على ظاهره ومن حجة من استثناهم ما خرجه عبد الرازق ان.
عبد الرحمن بن عوف قال لرجل من فقراء المهاجرين أن يخرج معهم فقال نعم فوعده
فلما حضر الخروج دعاه فأبى أن يخرج معه واعتذر له بأمر عياله وأهله فأعطاه.
عبد الرحمن ثلاثة دنانير على أن يخرج معه فلما هزموا العدو سأل الرجل عبد الرحمن
نصيبه من المغنم فقال عبد الرحمن سأذكر أمرك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فذكره.
له فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تلك الثلاثة دنانير حظه ونصيبه من غزوه في أمر
دنياه وآخرته وخرج مثله أبو داود عن يعلى بن منبه ومن أجاز له القسم شبهه بالجعائل
أيضا وهو أن يعين أهل الديوان بعضهم بعضا أعني يعين القاعد منهم الغازي وقد
اختلف العلماء في الجعائل فأجازها مالك ومنعها غيره ومنهم من اجاز ذلك من السلطان.
فقط او اذا كانت ضرورة وبه قال ابو حنيفة والشافعي واما الشرط الذي يجب به.

للمجاهد السهم من الغنيمة فان الأكثر على انه اذا شهد القتال وجب له السهم وان لم يقاتل وانه اذا جاء بعد القتال فليس له سهم فى الغنيمة وبهذا قال الجمهور وقال قوم اذا لحقهم قبل ان يخرجوا الى دار الاسلام وجب له حظه من الغنيمة ان اشتغل فى شئ من اسبابها وهو قول ابى حنيفة والسبب فى اختلافهم سببان القياس والأثر اما القياس فهو هل يلحق تأثير الغازى فى الحفظ بتأثيره فى الأخذ وذلك ان الذى شهد القتال له تأثير فى الأخذ اعنى فى اخذ الغنيمة وبذلك استحق السهم والذى جاء قبل ان يصلوا الى بلاد المسلمين له تأثير فى الحفظ فمن شبه التأثير فى الحفظ بالتأثير فى الأخذ قال يجب له السهم وان لم يحضر القتال ومن راى ان الحفظ اضعف لم يوجب له واما الأثر فان فى ذلك أثرين متعارضين أحدهما ماروى عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث أبان بن سعيد على سرية من المدينة قبل نجد فقدم أبان وأصحابه على النبى صلى الله عليه وسلم بخيبر بعدما افتتحوها فقال أبان اقسم لنا يارسول الله فلم يقسم له رسول الله صلى الله عليه وسلم منها والأثر الثانى ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم بدر ان عثمان انطلق فى حاجة الله وحاجة رسوله فضرب له رسول الله صلى الله عليه وسلم بسهم ولم يضرب لأحد غاب عنها قالوا فوجب له السهم لأن اشتغاله كان بسبب الامام قال أبو بكر بن المنذر وثبت أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال الغنيمة لمن شهد الوقيعة وأما السرايا التى تخرج من العساكر فتغنم فالجمهور على ان أهل العسكر يشاركونهم فيما غنموا وان لم يشهدوا الغنيمة ولا القتال وذلك لقوله عليه السلام وترد سراياهم على قعدتهم خرجه أبو داود ولأن لهم تأثيرا أيضا فى أخذ الغنيمة وقال الحسن البصرى اذا خرجت السرية باذن الامام من عسكره خمسها وما بقى فلاهل السرية وان خرجوا بغير اذنه خمسها وكان ما بقى بين أهل الجيش كله وقال النخعى الامام بالخيار ان شاء خمس ما ترد السرية وان شاء نفله كله والسبب أيضا فى هذا الاختلاف هو تشبيه تأثير العسكر فى غنيمة السرية بتأثير من حضر القتال بها وهم أهل السرية فاذن الغنيمة انما تجب عند الجمهور للمجاهد باحد شرطين اما أن يكون ممن حضر القتال واما أن يكون ردأ لمن حضر القتال وأما كم يجب للمقاتل فانهم اختلفوا فى الفارس فقال الجمهور للفارس

ثلاثة أسهم سهم له وسهمان لفرسه. وقال أبو حنيفة للفارس سهمان سهم لفرسه وسهم له والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار ومعارضة القياس للاثر وذلك ان أبا داود خرج عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم أسهم لرجل ولفرسه ثلاثة أسهم سهمان للفرس وسهم لراكبه وخرج أيضا عن مجمع بن حارثة الأنصارى مثل قول أبى حنيفة وأما القياس المعارض لظاهر حديث ابن عمر فهو أن يكون سهم الفرس أكبر من سهم الانسان هذا الذى اعتمده أبو حنيفة فى ترجيح الحديث الموافق لهذا القياس على الحديث المخالف له وهذا القياس ليس بشئ لان سهم الفرس انما استحقه الانسان الذى هو الفارس بالفرس وغير بعيد أن يكون تأثير الفارس بالفرس فى الحرب ثلاثة أضعاف تأثير الراجل بل لعله واجب مع أن حديث ابن عمر أثبت وأما ما يجوز للمجاهد أن يأخذ من الغنيمة قبل القسم فان المسلمين اتفقوا على تحريم الغلول لما ثبت فى ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل قوله عليه السلام أدّوا الخائط والمخيط فان الغلول عار وشنار على أهله يوم القيامة الى غير ذلك من الآثار الواردة فى هذا الباب واختلفوا فى اباحة الطعام للغزاة ماداموا فى أرض الغزو فأباح ذلك الجمهور ومنع من ذلك قوم وهو مذهب ابن شهاب والسبب فى اختلافهم معارضة الآثار التى جاءت فى تحريم الغلول للآثار الواردة فى اباحة أكل الطعام من حديث ابن عمر وابن المغفل وحديث ابن أبى أوفى فمن خصص أحاديث تحريم الغلول بهذه أجاز أكل الطعام للغزاة ومن رجح أحاديث تحريم الغلول على هذه لم يجز ذلك وحديث ابن مغفل هو قال أصبت جراب شحم يوم خيبر فقلت لا أعطى منه شيأ فالتفت فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبسم خرجه البخارى ومسلم وحديث ابن أبى أوفى قال كنا نصيب فى مغازينا العسل والعنب فنأكله ولا ندفعه خرجه أيضا البخارى واختلفوا فى عقوبة الغال فقال قوم يحرق رحله وقال بعضهم ليس له عقاب الا التعزير وسبب اختلافهم اختلافهم فى تصحيح حديث صالح بن محمد بن زائدة عن سالم عن ابن عمر أنه قال قال عليه الصلاة والسلام من غل فاحرقوا متاعه

(الفصل الثالث)

وأما تنفيل الامام من الغنيمة لمن شاء أعنى ان يزيده على نصيبه فان العلماء اتفقوا على جواز ذلك واختلفوا من أى شئ يكون النفل وفى مقداره وهل يجوز الوعد به قبل الحرب وهل يجب السلب للقاتل أم ليس يجب الا أن ينفله له الامام فهذه أربع مسائل هى قواعد هذا الفصل

﴿ أما المسئلة الاولى ﴾ فان قوما قالوا النفل يكون من الخمس الواجب لبيت مال المسلمين وبه قال مالك وقال قوم بل النفل انما يكون من خمس الخمس وهو حظ الامام فقط وهو الذى اختاره الشافعى وقال قوم بل النفل من جملة الغنيمة وبه قال أحمد وأبو عبيد ومن هؤلاء من أجاز تنفيل جميع الغنيمة والسبب فى اختلافهم هو هل بين الآيتين الواردتين فى المغانم تعارض أم هما على التخيير أعنى قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شئ الآية وقوله تعالى يسألونك عن الأنفال الآية فمن رأى أن قوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شئ فان لله خمسه) ناسخة لقوله تعالى (يسألونك عن الانفال) قال لا نفل الا من الخمس أو من خمس الخمس ومن رأى أن الآيتين لا معارضة بينهما وانهما على التخيير أعنى ان للامام أن ينفل من رأس الغنيمة من شاء وله ألا ينفل بان يعطى جميع أرباع الغنيمة للغانمين قال بجواز النفل من رأس الغنيمة ولاختلافهم أيضا سبب آخر وهو اختلاف الآثار فى هذا الباب وفى ذلك أثران أحدهما ما روى مالك عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سرية فيها عبد الله بن عمر قبل نجد فغنموا ابلا كثيرة فكان سهمانهم اثنى عشر بعيرا ونفلوا بعيرا بعيرا وهذا يدل على أن النفل كان بعد القسمة من الخمس والثانى حديث حبيب بن مسلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ينفل الربع من السرايا بعد الخمس فى البداءة وينفلهم الثلث بعد الخمس فى الرجعة يعنى فى بداءة غزوه عليه السلام وفى انصرافه

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهى ما مقدار ما للامام ان ينفل من ذلك عند الذين أجازوا النفل من رأس الغنيمة فان قوما قالوا لا يجوز أن ينفل أكثر من الثلث أو الربع على حديث حبيب بن مسلمة وقال قوم ان نفل الامام السرية جميع ما غنمت جاز مصيرا الى

ان آية الانفال غير منسوخة بل محكمة وانها على عمومها غير مخصصة ومن رأى انها مخصصة بهذا الأثر قال لا يجوز ان ينفل أكثر من الربع أو الثلث

﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ وهى هل يجوز الوعد بالتنفيل قبل الحرب أم ليس يجوز ذلك فانهم اختلفوا فيه فكره ذلك مالك وأجازه جماعة وسبب اختلافهم معارضة مفهوم مقصد الغزو لظاهر الأثر وذلك ان الغزو انما يقصد به وجه الله العظيم ولتكون كلمة الله هى العليا فاذا وعد الامام بالنفل قبل الحرب خيف أن يسفك الغزاة دماءهم فى حق غير الله وأما الأثر الذى يقتضى ظاهره جواز الوعد بالنفل فهو حديث حبيب بن مسلمة أن النبى عليه السلام كان ينفل فى الغزو السرايا الخارجة من العسكر الربع وفى القفول الثلث ومعلوم أن المقصود من هذا انما هو التنشيط على الحرب

﴿وأما المسئلة الرابعة﴾ وهى هل يجب سلب المقتول للقاتل أو ليس يجب الا ان نفله له الامام فانهم اختلفوا فى ذلك فقال مالك لا يستحق القاتل سلب المقتول الا أن ينفله له الامام على جهة الاجتهاد وذلك بعد الحرب وبه قال أبو حنيفة والثورى وقال الشافعى وأحمد وأبو ثور واسحق وجماعة السلف هو واجب للقاتل قال ذلك الامام أو لم يقله ومن هؤلاء من جعل السلب له على كل حال ولم يشترط فى ذلك شرطا ومنهم من قال لا يكون له السلب الا اذا قتله مقبلا غير مدبر وبه قال الشافعى ومنهم من قال انما يكون السلب للقاتل اذا كان القتل قبل معمعة الحرب أو بعدها وأما ان قتله فى حين المعمعة فليس له سلب وبه قال الاوزاعى وقال قوم ان استكثر الامام السلب جاز ان يخمسه وسبب اختلافهم هو احتمال قوله عليه الصلاة والسلام يوم حنين بعد ما برد القتال من قتل قتيلا فله سلبه أن يكون ذلك منه عليه الصلاة والسلام على جهة النفل أو على جهة الاستحقاق للقاتل ومالك رحمه الله قوى عنده أنه على جهة النفل من قبل أنه لم يثبت عنده أنه قال ذلك عليه الصلاة والسلام ولا قضى به الا أيام حنين ولمعارضة آية الغنيمة له ان حمل ذلك على الاستحقاق أعنى قوله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شئ) الآية فانه لما نص فى الآية على أن الخمس لله علم أن الاربعة الاخماس واجبة للغانمين كما أنه لما نص على الثلث للأم فى المواريث علم أن الثلثين للاب قال أبو عمر وهذا القول محفوظ عنه صلى الله عليه وسلم فى حنين وفى بدر وروى عن عمر بن الخطاب أنه قال كنا لا نخمس السلب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وخرج أبو داود عن عوف بن

مالك الاشجعي وخالد بن الوليد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل وخرج ابن أبي شيبة عن أنس بن مالك ان البراء بن مالك حمل على مرزبان يوم الدارة فطعنه طعنة على قربوس سرجه فقتله فبلغ سلبه ثلاثين ألفا فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فقال لأبي طلحة انا كنا لا نخمس السلب وان سلب البراء قد بلغ مالا كثيرا ولا أراني الا خمسته قال قال ابن سيرين فحدثني أنس ابن مالك انه أول سلب خمس في الاسلام وبهذا تمسك من فرق بين السلب القليل والكثير واختلفوا في السلب الواجب ما هو فقال قوم له جميع ما وجد على المقتول واستثنى قوم من ذلك الذهب والفضة

(الفصل الرابع)

وأما أموال المسلمين التي تسترد من أيدي الكفار فانهم اختلفوا في ذلك على أربعة أقوال مشهورة أحدها ان ما استرد المسلمون من أيدي الكفار من أموال المسلمين فهو لأربابها من المسلمين وليس للغزاة المستردين لذلك منها شيء وممن قال بهذا القول الشافعي وأصحابه وأبو ثور والقول الثاني ان ما استرد المسلمون من ذلك هو غنيمة الجيش ليس لصاحبه منه شيء وهذا القول قاله الزهري وعمرو بن دينار وهو مروي عن علي بن أبي طالب والقول الثالث ان ما وجد من أموال المسلمين قبل القسم فصاحبه أحق به بلا ثمن وما وجد من ذلك بعد القسم فصاحبه أحق به بالقيمة وهؤلاء انقسموا قسمين فبعضهم رأى هذا الرأي في كل ما استرده المسلمون من أيدي الكفار بأي وجه صار ذلك الى أيدي الكفار وفي أي موضع صار وممن قال بهذا القول مالك والثوري وجماعة وهو مروي عن عمر بن الخطاب وبعضهم فرق بين ما صار من ذلك الى أيدي الكفار غلبة وحازوه حتى أوصلوه الى دار المشركين وبين ما أخذ منهم قبل أن يحوزوه ويبلغوا به دار الشرك فقالوا ما حازوه فحكمه ان ألفاه صاحبه قبل القسم فهو له وان ألفاه بعد القسم فهو أحق به بالثمن قالوا وأما ما لم يحزه العدو بأن يبلغوا دارهم به فصاحبه أحق به قبل القسم وبعده وهذا هو القول الرابع واختلافهم راجع الى اختلافهم في هل يملك الكفار على المسلمين أموالهم اذا غلبوهم عليها أم ليس يملكونها وسبب اختلافهم في هذه المسئلة تعارض الآثار في هذا الباب والقياس وذلك أن حديث عمران بن حصين

يدل على أن المشركين ليس يملكون على المسلمين شيأ وهو قال أغار المشركون على سرح المدينة وأخذوا العضباء ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم وامرأة من المسلمين فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وقد ناموا فجعلت لا تضع يدها على بعير الا أرغى حتى أتت العضباء فأتت ناقة ذلولا فركبتها ثم توجهت قبل المدينة ونذرت لئن نجاها الله لتنحرنها فلما قدمت المدينة عرفت الناقة فأتوا بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته المرأة بنذرها فقال بئس ما جزيتها لا نذر فيما لا يملك ابن آدم ولا نذر في معصية وكذلك يدل ظاهر حديث ابن عمر على مثل هذا وهو أنه غار له فرس فأخذها العدو فظهر عليه المسلمون فردت عليه في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وهما حديثان ثابتان وأما الأثر الذي يدل على ملك الكفار على المسلمين فقوله عليه الصلاة والسلام وهل ترك لنا عقيل من منزل يعني أنه باع دوره التي كانت له بمكة بعد هجرته منها عليه الصلاة والسلام الى المدينة وأما القياس فان من شبه الأموال بالرقاب قال الكفار كما لا يملكون رقابهم فكذلك لا يملكون أموالهم كحال الباغي مع العادل أعني أنه لا يملك عليهم الأمرين جميعا ومن قال يملكون قال من ليس يملك فهو ضامن للشئ ان فاتت عينه وقد أجمعوا على أن الكفار غير ضامنين لأموال المسلمين فلزم عن ذلك أن الكفار ليسوا بغير مالكين للاموال فهم مالكون اذ لو كانوا غير مالكين لضمنوا وأما من فرق بين الحكم قبل الغنم و بعده و بين ما أخذه المشركون بغلبة أو بغير غلبة بأن صار اليهم من تلقائه مثل العبد الآبق والفرس العائد فليس له حظ من النظر وذلك انه ليس يجد وسطا بين أن يقول اما أن يملك المشرك على المسلم شيأ أولا يملكه الا أن يثبت في ذلك دليل سمعي لكن أصحاب هذا المذهب انما صاروا اليه لحديث الحسن ابن عمارة عن عبد الملك بن ميسرة عن طاوس عن ابن عباس أن رجلا وجد بعيرا له كان المشركون قد أصابوه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أصبته قبل ان يقسم فهو لك وان أصبته بعد القسم أخذته بالقيمة لكن الحسن بن عمارة مجتمع على ضعفه وترك الاحتجاج به عند أهل الحديث والذي عول عليه مالك فيما أحسب من ذلك هو قضاء عمر بذلك ولكن ليس يجعل له أخذه بالثمن بعد القسم على ظاهر حديثه واستثناء أبي حنيفة أم الولد والمدبر من سائر الأموال لا معنى له وذلك انه يرى أن

الكفار يملكون على المسلمين سائر الأموال ماعدا هذين وكذلك قول مالك فى أم الولد انه اذا أصابها ولاها بعد القسم ان على الامام أن يفديها فان لم يفعل أجبر سيدها على فدائها فان لم يكن له مال أعطيت له واتبعه الذى خرجت فى نصيبه بقيمتها دينا متى أيسر هو قول أيضا ليس له حظ من النظر لأنه ان لم يملكها الكفار فقد يجب أن يأخذها بغير ثمن وان ملكوها فلا سبيل له عليها وأيضا فانه لا فرق بينها وبين سائر الأموال الا أن يثبت فى ذلك سماع ومن هذا الأصل أعنى من اختلافهم هل يملك المشرك مال المسلم أولا يملك اختلف الفقهاء فى الكافر يسلم وبيده مال مسلم هل يصح له أم لا فقال مالك وأبو حنيفة يصح له وقال الشافعى على أصله لا يصح له واختلف مالك وأبو حنيفة اذا دخل مسلم الى الكفار على جهة التلصص وأخذ مما فى أيديهم مال مسلم فقال أبو حنيفة هو أولى به وان أراده صاحبه أخذه بالثمن وقال مالك هو لصاحبه فلم يجر على أصله ومن هذا الباب اختلافهم فى الحربى يسلم ويهاجر ويترك فى دار الحرب ولده وزوجه وماله هل يكون لما ترك حرمة مال المسلم وزوجه وذريته فلا يجوز تملكهم للمسلمين ان غلبوا على ذلك أم ليس لما ترك حرمة فمنهم من قال لكل ما ترك حرمة الاسلام ومنهم من قال ليس له حرمة ومنهم من فرق بين المال والزوجة والولد فقال ليس للمال حرمة وللولد والزوجة حرمة وهذا جار على غير قياس وهو قول مالك والأصل ان المبيح للمال هو الكفر وان العاصم له هو الاسلام كما قال عليه الصلاة والسلام فاذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم فمن زعم ان ههنا مبيحا للمال غير الكفر من تملك عدو أو غيره فعليه الدليل وليس ههنا دليل تعارض به هذه القاعدة والله أعلم

(الفصل الخامس)

واختلفوا فيما افتتح المسلمون من الأرض عنوة فقال مالك لا تقسم الارض وتكون وقفا يصرف خراجها فى مصالح المسلمين من أرزاق المقاتلة وبناء القناطر والمساجد وغير ذلك من سبل الخير الا أن يرى الامام فى وقت من الأوقات ان المصلحة تقتضى القسمة فان له أن يقسم الأرض وقال الشافعى الأرضون المفتتحة تقسم كما تقسم الغنائم يعنى خمسة أقسام وقال أبو حنيفة الامام مخير بين أن يقسمها على المسلمين

أو يضرب على أهلها الكفار فيها الخراج ويقرها بأيديهم وسبب اختلافهم مايظن من التعارض بين آية سورة الأنفال وآية سورة الحشر وذلك ان آية الأنفال تقتضى بظاهرها ان كل ماغنم يخمس وهو قوله تعالى (واعلموا أنما غنمتم) وقوله تعالى فى آية الحشر (والذين جاؤامن بعدهم) عطفا على ذكر الذين أوجب لهم الفيء يمكن أن يفهم منه ان جميع الناس الحاضرين والآتين شركاء فى الفيء كما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال فى قوله تعالى (والذين جاؤامن بعدهم) ما أرى هذه الآية الا قد عمت الخلق حتى الراعى بكداء أو كلاما هذا معناه ولذلك لم تقسم الأرض التى افتتحت فى أيامه عنوة من أرض العراق ومصر فمن رأى ان الآيتين متواردتان على معنى واحد وان آية الحشر مخصصة لآية الأنفال استثنى من ذلك الارض ومن رأى ان الآيتين ليستا متواردتين على معنى واحد بل رأى ان آية الأنفال فى الغنيمة وآية الحشر فى الفيء على ماهو الظاهر من ذلك قال تخمس الارض ولا بد ولاسيما انه قد ثبت انه عليه الصلاة والسلام قسم خيبر بين الغزاة قالوا فالواجب أن تقسم الارض لعموم الكتاب وفعله عليه الصلاة والسلام الذى يجرى مجرى البيان للمجمل فضلا عن العام وأما أبو حنيفة فانما ذهب الى التخيير بين القسمة وبين أن يقر الكفار فيها على خراج يؤدونه لانه زعم انه قد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى خيبر بالشطر ثم أرسل ابن رواحة فقاسمهم قالوا فظهر من هذا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن قسم جميعها ولكنه قسم طائفة من الارض وترك طائفة لم يقسمها قالوا فبان بهذا ان الامام بالخيار بين القسمة والاقرار بأيديهم وهو الذى فعل عمر رضى الله عنه وان أسلموا بعد الغلبة عليهم كان مخيرا بين المن عليهم أو قسمتها على مافعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بمكة أعنى من المن وهذا انما يصح على رأى من رأى انه افتتحها عنوة فان الناس اختلفوا فى ذلك وان كان الأصح انه افتتحها عنوة لانه الذى خرجه مسلم وينبغى أن تعلم ان قول من قال ان آية الفيء وآية الغنيمة محمولتان على الخيار وان آية الفيء ناسخة لآية الغنيمة أو مخصصة لها انه قول ضعيف جدا الا أن يكون اسم الفيء والغنيمة يدلان على معنى واحد فان كان ذلك فالآيتان متعارضتان لأن آية الأنفال توجب التخميس وآية الحشر توجب القسمة دون

التخميس فوجب أن تكون احداهما ناسخة للأخرى أو يكون الامام مخيرا بين التخميس وترك التخميس وذلك فى جميع الاموال المغنومة وذكر بعض أهل العلم انه مذهب لبعض الناس وأظنه حكاه عن المذهب و يجب على مذهب من يريد أن يستنبط من الجمع بينهما ترك قسمة الارض وقسمة ماعدا الأرض أن تكون كل واحدة من الآيتين مخصصة بعض مافى الأخرى أو ناسخة له حتى تكون آية الأنفال خصصت من عموم آية الحشر ماعدا الأرضين فأوجبت فيها الخمس وآية الحشر خصصت من آية الأنفال الأرض فلم توجب فيها خمسا وهذه الدعوى لاتصح الا بدليل مع أن الظاهر من آية الحشر انها تضمنت القول فى نوع من الأموال مخالف الحكم للنوع الذى تضمنته آية الأنفال وذلك ان قوله تعالى (فما أوجفتم عليه من خيل ولاركاب) هو تنبيه على العلة التى من أجلها لم يوجب حق للجيش خاصة دون الناس والقسمة بخلاف ذلك اذ كانت تؤخذ بالايجاف

(الفصل السادس فى قسمة الفىء)

وأما الفىء عند الجمهور فهو كل ماصار للمسلمين من الكفار من قبل الرعب والخوف من غير أن يوجف عليه بخيل أو رجل واختلف الناس فى الجهة التى يصرف اليها فقال قوم ان الفىء لجميع المسلمين الفقير والغنى وأن الامام يعطى منه للمقاتلة وللحكام وللولاة و ينفق منه فى النوائب التى تنوب المسلمين كبناء القناطر واصلاح المساجد وغير ذلك ولاخمس فى شىء منه و به قال الجمهور وهو الثابت عن أبى بكر وعمر وقال الشافعى بل فيه الخمس والخمس مقسوم على الأصناف الذين ذكروا فى آية الغنائم وهم الأصناف الذين ذكروا فى الخمس بعينه من الغنيمة وان الباقى هو مصروف الى اجتهاد الامام ينفق منه على نفسه وعلى عياله ومن رأى وأحسب ان قوما قالوا ان الفىء غير مخمس ولكن يقسم على الأصناف الخمسة الذين يقسم عليهم الخمس وهو أحد أقوال الشافعى فيما أحسب وسبب اختلاف من رأى انه يقسم جميعه على الأصناف الخمسة أو هو مصروف الى اجتهاد الامام هو سبب اختلافهم فى قسمة الخمس من الغنيمة وقد تقدم ذلك أعنى ان من جعل ذكر الأصناف فى الآية تنبيها على المستحقين له قال هو لهذه الاصناف المذكورين ومن فوقهم ومن جعل ذكر الأصناف تعديدا للذين

يستوجبون هذا المال قال لا يتعدى به هؤلاء الأصناف أعنى انه جعله من باب الخصوص لا من باب التنبيه وأما تخميس الفيء فلم يقل به أحد قبل الشافعى وانما حمله على هذا القول انه رأى الفيء قد قسم فى الآية على عدد الاصناف الذين قسم عليهم الخمس فاعتقد لذلك ان فيه الخمس لأنه ظن ان هذه القسمة مختصة بالخمس وليس ذلك بظاهر بل الظاهر ان هذه القسمة تخص جميع الفيء لا جزأ منه وهو الذى ذهب اليه فيما أحسب قوم وخرج مسلم عن عمر قال كانت أموال بنى النضير مما أفاء الله على رسوله مما لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب فكانت للنبى صلى الله عليه وسلم خالصة فكان ينفق منها على أهله نفقة سنة وما بقى يجعله فى الكراع والسلاح عدة فى سبيل الله وهذا يدل على مذهب مالك

(الفصل السابع فى الجزية)

والكلام المحيط بأصول هذا الفصل ينحصر فى ست مسائل المسئلة الاولى ممن يجوز أخذ الجزية الثانية على أى الاصناف منهم تجب الجزية الثالثة كم تجب الرابعة متى تجب ومتى تسقط الخامسة كم أصناف الجزية السادسة فيماذا يصرف مال الجزية

﴿ المسئلة الأولى ﴾ فامامن يجوز أخذ الجزية منه فان العلماء مجمعون على انه يجوز أخذها من أهل الكتاب العجم ومن المجوس كما تقدم واختلفوا فى أخذها ممن لا كتاب له وفيمن هو من أهل الكتاب من العرب بعد اتفاقهم فيما حكى بعضهم انها لا تؤخذ من قرشى كتابى وقد تقدمت هذه المسئلة

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهى أى الاصناف من الناس تجب عليهم فانهم اتفقوا على انها انما تجب بثلاثة أوصاف الذكورية والبلوغ والحرية وانها لا تجب على النساء ولا على الصبيان اذ كانت انما هى عوض من القتل والقتل انما هو متوجه بالأمر نحو الرجال البالغين اذ قد نهى عن قتل النساء والصبيان وكذلك أجمعوا انها لا تجب على العبيد واختلفوا فى أصناف من هؤلاء منها فى المجنون وفى المقعد ومنها فى الشيخ ومنها فى أهل الصوامع ومنها فى الفقير هل يتبع بها دينا متى أيسر أم لا وكل هذه مسائل اجتهادية ليس فيها توقيت شرعى وسبب اختلافهم مبنى على هل يقتلون

أم لا أعني هؤلاء الاصناف

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهي كم الواجب فانهم اختلفوا في ذلك فرأى مالك أن القدر الواجب في ذلك هو ما فرضه عمر رضي الله عنه وذلك على أهل الذهب أربعة دنانير وعلى أهل الورق أربعون درهما ومع ذلك أرزاق المسلمين وضيافة ثلاثة أيام لا يزاد على ذلك ولا ينقص منه وقال الشافعي أقله محدود وهو دينار وأكثره غير محدود وذلك بحسب ما يصالحون عليه وقال قوم لا توقيت في ذلك وذلك مصروف الى اجتهاد الامام وبه قال الثوري وقال أبو حنيفة وأصحابه الجزية اثنا عشر درهما وأربعة وعشرون درهما وثمانية وأربعون لا ينقص الفقير من اثني عشر درهما ولا يزاد الغني على ثمانية وأربعين درهما والوسط أربعة وعشرون درهما وقال أحمد دينار أو عدله معافر لا يزاد عليه ولا ينقص منه وسبب اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك انه روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث معاذا الى اليمن وأمره أن يأخذ من كل حالم دينارا أو عدله معافر وهي ثياب باليمن وثبت عن عمر أنه ضرب الجزية على أهل الذهب أربعة دنانير وعلى اهل الورق أربعين درهما مع ذلك أرزاق المسلمين وضيافة ثلاثة أيام وروى عنه ايضا انه بعث عثمان بن حنيف فوضع الجزية على أهل السواد ثمانية وأربعين وأربعة وعشرين واثني عشر فمن حمل هذه الأحاديث كلها على التخيير وتمسك في ذلك بعموم ما ينطلق عليه اسم جزية اذ ليس في توقيت ذلك حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم متفق على صحته وانما ورد الكتاب في ذلك عاما قال لا حد في ذلك وهو الاظهر والله أعلم ومن جمع بين حديث معاذ والثابت عن عمر قال أقله محدود ولا حد لأكثره ومن رجح أحد حديثي عمر قال اما بأربعين درهما وأربعة دنانير واما بثمانية وأربعين درهما وأربعة وعشرين واثني عشر على ما تقدم ومن رجح حديث معاذ لانه مرفوع قال دينار فقط أو عدله معافر لا يزاد على ذلك ولا ينقص منه

﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ وهي متى تجب الجزية فانهم اتفقوا على انها لا تجب الا بعد الحول وانها تسقط عنه اذا أسلم قبل انقضاء الحول واختلفوا اذا أسلم بعد ما يحول عليه الحول هل تؤخذ منه جزية للحول الماضي بأسره أو لما مضى منه فقال قوم اذا

أسلم فلا جزية عليه بعد انقضاء الحول كان اسلامه أو قبل انقضائه وبهذا القول قال
الجمهور وقالت طائفة ان أسلم بعد الحول وجبت عليه الجزية وان أسلم قبل حلول
الحول لم تجب عليه وانهم اتفقوا على انه لا تجب عليه قبل انقضاء الحول لان الحول
شرط في وجوبها فاذا وجد الرافع لها وهو الاسلام قبل تقرر الوجوب أعني قبل وجود
شرط الوجوب لم تجب وانما اختلفوا بعد انقضاء الحول لانها قد وجبت فمن رأى ان
الاسلام يهدم هذا الواجب في الكفر كما يهدم كثيرا من الواجبات قال تسقط عنه
وان كان اسلامه بعد الحول ومن رأى انه لا يهدم الاسلام هذا الواجب كما لا يهدم
كثيرا من الحقوق المرتبة مثل الديون وغير ذلك قال لا تسقط بعد انقضاء الحول
فسبب اختلافهم هو هل الاسلام يهدم الجزية الواجبة أو لا يهدمها

﴿ وأما المسئلة الخامسة ﴾ وهي كم أصناف الجزية فان الجزية عندهم ثلاثة أصناف
جزية عنوية وهي هذه التي تكلمنا فيها أعني التي تفرض على الحربيين بعد غلبتهم
وجزية صلحية وهي التي يتبرعون بها ليكف عنهم وهذه ليس فيها توقيت لا في
الواجب ولا فيمن يجب عليه ولا متى يجب عليه وانما ذلك كله راجع الى الاتفاق
الواقع في ذلك بين المسلمين وأهل الصلح الا ان يقول قائل انه ان كان قبول الجزية
الصلحية واجبا على المسلمين فقد يجب أن يكون ههنا قدر ما اذا أعطاه من انفسهم
الكفار وجب على المسلمين قبول ذلك منهم فيكون اقلها محدودا واكثرها غير
محدود وأما الجزية الثالثة فهي العشرية وذلك ان جمهور العلماء على انه ليس على
اهل الذمة عشر ولا زكاة اصلا في اموالهم الا ماروي عن طائفة منهم انهم ضاعفوا
الصدقة على نصارى بني تغلب اعني انهم اوجبوا اعطاء ضعف ما على المسلمين من
الصدقة في شئ شئ من الاشياء التي تلزم فيها المسلمين الصدقة وممن قال بهذا القول
الشافعي وابو حنيفة واحمد والثوري وهو فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه بهم وليس
يحفظ عن مالك في ذلك نص فيما حكوا وقد تقدم ذلك في كتاب الزكاة واختلفوا اهل
يجب العشر عليهم في الاموال التي يتجرون بها الى بلاد المسلمين بنفس التجارة او
الاذن ان كانوا حربيين ام لا تجب الا بالشرط فرأى مالك وكثير من العلماء ان تجار
اهل الذمة الذين لزمتهم بالاقرار في بلدهم الجزية يجب ان يؤخذ منهم مما يجلبونه من

بلد الى بلد العشر الا ما يسوقون الى المدينة خاصة فيؤخذ منهم فيه نصف العشر ووافقه أبو حنيفة فى وجوبه بالاذن فى التجارة أو بالتجارة نفسها وخالفه فى القدر فقال الواجب عليهم نصف العشر ومالك لم يشترط عليهم فى العشر الواجب عنده نصابا ولا حولا وأما أبو حنيفة فاشترط فى وجوب نصف العشر عليهم الحول والنصاب وهو نصاب المسلمين نفسه المذكور فى كتاب الزكاة وقال الشافعى ليس يجب عليهم عشر أصلا ولا نصف عشر فى نفس التجارة ولا فى ذلك شئ محدود الا ما اصطلح عليه أو اشترط فعلى هذا تكون الجزية العشرية من نوع الجزية الصلحية وعلى مذهب مالك وأبى حنيفة تكون جنسا ثالثا من الجزية غير الصلحية والتى على الرقاب وسبب اختلافهم انه لم يأت فى ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة يرجع اليها وانما ثبت أن عمر بن الخطاب فعل ذلك بهم فمن رأى أن فعل عمر هذا انما فعله بأمر كان عنده فى ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم أوجب أن يكون ذلك سنتهم ومن رأى أن فعله هذا كان على وجه الشرط اذ لو كان على غير ذلك لذكره قال ليس ذلك بسنة لازمة لهم الا بالشرط وحكى أبو عبيد فى كتاب الأموال عن رجل من أصحاب النبى عليه الصلاة والسلام لا أذكر اسمه الآن انه قيل له لم كنتم تأخذون العشر من مشركى العرب فقال لأنهم كانوا يأخذون منا العشر اذا دخلنا اليهم قال الشافعى وأقل ما يجب أن يشارطوا عليه هو ما فرضه عمر رضى الله عنه وان شورطوا على أكثر فحسن قال وحكم الحربى اذا دخل بأمان حكم الذمى

﴿وأما المسئلة السادسة﴾ وهى فيما ذا تصرف الجزية فانهم اتفقوا على انها مشتركة لمصالح المسلمين من غير تحديد كالحال فى الفىء عند من رأى انه مصروف الى اجتهاد الامام حتى لقد رأى كثير من الناس ان اسم الفىء انما ينطلق على الجزية فى آية الفىء واذا كان الأمر هكذا فالأموال الاسلامية ثلاثة أصناف صدقة وفىء وغنيمة وهذا القدر كاف فى تحصيل قواعد هذا الكتاب والله الموفق للصواب

(كتاب الايمان)

وهذا الكتاب ينقسم أولا الى جملتين الجملة الاولى فى معرفة ضروب الايمان وأحكامها والجملة الثانية فى معرفة الأشياء الرافعة للايمان اللازمة وأحكامها

﴿الجملة الاولى﴾ وهذه الجملة فيها ثلاثة فصول الفصل الأول في معرفة الايمان المباحة وتمييزها من غير المباحة الثاني في معرفة الايمان اللغوية والمنعقدة الثالث في معرفة الايمان التي ترفعها الكفارة والتي لا ترفعها

(الفصل الأوّل)

واتفق الجمهور على أن الأشياء منها ما يجوز في الشرع أن يقسم به ومنها ما لا يجوز أن يقسم به واختلفوا أي الاشياء هي الاشياء التي بهذه الصفة فقال قوم ان الحلف المباح في الشرع هو الحلف بالله وان الحالف بغير الله عاص وقال قوم بل يجوز الحلف بكل معظم بالشرع والذين قالوا ان الايمان المباحة هي الايمان بالله اتفقوا على اباحة الايمان التي بأسمائه واختلفوا في الايمان التي بصفاته وأفعاله وسبب اختلافهم في الحلف بغير الله من الأشياء المعظمة بالشرع معارضة ظاهر الكتاب في ذلك للاثر وذلك أن الله قد أقسم في الكتاب بأشياء كثيرة مثل قوله (والسماء والطارق) وقوله (والنجم اذا هوى) الى غير ذلك من الاقسام الواردة في القرآن وثبت أن النبي عليه الصلاة والسلام قال ان الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت فمن جمع بين الأثر والكتاب بأن قال ان الأشياء الواردة في الكتاب المقسوم بها فيها محذوف وهو الله تبارك وتعالى وان التقدير ورب النجم ورب السماء قال الايمان المباحة هي الحلف بالله فقط ومن جمع بينهما بأن المقصود بالحديث انما هو أن لا يعظم من لم يعظم الشرع بدليل قوله فيه ان الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم وان هذا من باب الخاص أريد به العام أجاز الحلف بكل معظم في الشرع فاذا سبب اختلافهم هو اختلافهم في بناء الآي والحديث وأما من منع الحلف بصفات الله وبأفعاله فضعيف وسبب اختلافهم هو هل يقتصر بالحديث على ما جاء من تعليق الحكم فيه بالاسم فقط أو يعدى الى الصفات والافعال لكن تعليق الحكم في الحديث بالاسم فقط جود كثير وهو أشبه بمذهب أهل الظاهر وان كان مرويا في المذهب حكاه اللخمي عن محمد بن المواز وشذت فرقة فمنعت اليمين بالله عز وجل والحديث نص في مخالفة هذا المذهب

(الفصل الثانى)

واتفقوا أيضا على أن الايمان منها لغو ومنها منعقدة لقوله تعالى (لايؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان) واختلفوا فيما هى اللغو فذهب مالك وأبو حنيفة الى أنها اليمين على الشئ يظن الرجل أنه على يقين منه فيخرج الشئ على خلاف ما حلف عليه وقال الشافعى لغو اليمين مالم تنعقد عليه النية مثل ماجرت به العادة من قول الرجل فى أثناء المخاطبة لاوالله لابالله مما يجرى على الالسنة بالعادة من غير أن يعتقد لزومه وهذا القول رواه مالك فى الموطأ عن عائشة والقول الأوّل مروى عن الحسن بن أبى الحسن وقتادة ومجاهد وابراهيم النخعى وفيه قول ثالث وهو أن يحلف الرجل وهو غضبان وبه قال اسماعيل القاضى من أصحاب مالك وفيه قول رابع وهو الحلف على المعصية وروى عن ابن عباس وفيه قول خامس وهو أن يحلف الرجل على أن لايأكل شيأ مباحا له بالشرع والسبب فى اختلافهم فى ذلك هو الاشتراك الذى فى اسم اللغو وذلك أن اللغو قد يكون الكلام الباطل مثل قوله تعالى (والغوا فيه لعلكم تغلبون) وقد يكون الكلام الذى لاتنعقد عليه نية المتكلم به ويدل على أن اللغو فى الآية هو هذا ان هذه اليمين هى هذه ضد اليمين المنعقدة وهى المؤكدة فوجب أن يكون الحكم المضاد للشئ المضاد والذين قالوا ان اللغو هو الحلف فى اغلاق أو الحلف على مالايوجب الشرع فيه شيأ بحسب مايعتقد فى ذلك قوم فانما ذهبوا الى أن اللغو ههنا يدل على معنى عرفى فى الشرع وهى الايمان التى بين الشرع فى مواضع أخر سقوط حكمها مثل ماروى أنه لاطلاق فى اغلاق وما أشبه ذلك لكن الاظهر هما القولان الأولان أعنى قول مالك والشافعى

(الفصل الثالث)

وفى هذا الفصل أربع مسائل

﴿المسئلة الاولى﴾ اختلفوا فى الايمان بالله المنعقدة هل يرفع جميعها الكفارة سواء كان حلفا على شئ ماض انه كان فلم يكن وهى التى تعرف باليمين الغموس وذلك اذا

تعمد الكذب أو على شئ مستقبل انه يكون من قبل الحالف أو من قبل من هو بسببه فلم يكن فقال الجمهور ليس في اليمين الغموس كفارة وانما الكفارة في الايمان التي تكون في المستقبل اذا خالف اليمين الحالف وممن قال بهذا القول مالك وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل وقال الشافعي وجماعة يجب فيها الكفارة أي تسقط الكفارة الاثم فيها كما تسقطه في غير الغموس وسبب اختلافهم معارضة عموم الكتاب للاثر وذلك أن قوله تعالى (ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين) الآية توجب أن يكون في اليمين الغموس كفارة لكونها من الايمان المنعقدة وقوله عليه الصلاة والسلام من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار يوجب أن اليمين الغموس ليس فيها كفارة ولكن للشافعي أن يستثني من الايمان الغموسة مالا يقتطع بها حق الغير وهو الذي ورد فيه النص أو يقول ان الايمان التي يقتطع بها حق الغير قد جمعت الظلم والحنث فوجب ألا تكون الكفارة تهدم الأمرين جميعا أو ليس يمكن فيها أن تهدم الحنث دون الظلم لأن رفع الحنث بالكفارة انما هو من باب التوبة وليس تتبعض التوبة في الذنب الواحد بعينه فان تاب ورد المظلمة وكفر سقط عنه جميع الاثم .

﴿المسئلة الثانية﴾ واختلف العلماء فيمن قال أنا كافر بالله أو مشرك بالله أو يهودي أو نصراني ان فعلت كذا ثم يفعل ذلك هل عليه كفارة أم لا فقال مالك والشافعي ليس عليه كفارة ولا هذه يمين وقال أبو حنيفة هي يمين وعليه فيها الكفارة اذا خالف اليمين وهو قول أحمد بن حنبل أيضا وسبب اختلافهم هو اختلافهم في هل يجوز اليمين بكل ماله حرمة أم ليس يجوز الا بالله فقط ثم ان وقعت فهل تنعقد أم لا فمن رأى ان الأيمان المنعقدة أعني التي هي بصيغ القسم انما هي الأيمان الواقعة بالله عز وجل وبأسمائه قال لا كفارة فيها اذ ليست بيمين ومن رأى أن الأيمان تنعقد بكل ما عظم الشرع حرمته قال فيها الكفارة لأن الحلف بالتعظيم كالحلف بترك التعظيم وذلك أنه كما يجب التعظيم يجب أن لا يترك التعظيم فكما ان من حلف بوجوب حق الله عليه لزمه كذلك من حلف بترك وجوبه لزمه .

﴿المسئلة الثالثة﴾ واتفق الجمهور في الأيمان التي ليست اقساما بشئ وانما تخرج

مخرج الالزام الواقع بشرط من الشروط مثل أن يقول القائل فان فعلت كذا فعلى مشي الى بيت الله أوان فعلت كذا وكذا فغلامى حر أو امرأتى طالق انها تلزم فى القرب وفيما اذا التزمه الانسان لزمه بالشرع مثل الطلاق والعتق واختلفوا هل فيها كفارة أم لا فذهب مالك الى أن لا كفارة فيها وانه ان لم يفعل ماحلف عليه أثم ولا بد وذهب الشافعي وأحمد وأبو عبيد وغيرهم الى ان هذا الجنس من الأيمان فيها الكفارة الا الطلاق والعتق وقال أبو ثور يكفر من حلف بالعتق وقول الشافعي مروى عن عائشة وسبب اختلافهم هل هى يمين أو نذر فمن قال انها يمين أوجب فيها الكفارة لدخولها تحت عموم قوله تعالى (فكفارته اطعام عشرة مساكين) الآية ومن قال انها من جنس النذر أى من جنس الأشياء التى نص الشرع على أنه اذا التزمها الانسان لزمته قال لا كفارة فيها لكن يعسر هذا على المالكية لتسميتهم اياها أيمانا لكن لعلهم انما سموها أيمانا على طريق التجوز والتوسع والحق أنه ليس يجب ان تسمى بحسب الدلالة اللغوية أيمانا فان الايمان فى لغة العرب لها صيغ مخصوصة وانما يقع اليمين بالأشياء التى تعظم وليست صيغة الشرط هى صيغة اليمين فأما هل تسمى أيمانا بالعرف الشرعى وهل حكمها حكم الأيمان ففيه نظر وذلك انه قد ثبت أنه عليه الصلاة والسلام قال كفارة النذر كفارة يمين وقال تعالى (لم تحرم ما أحل الله لك) الى قوله قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم فظاهر هذا انه قد سمى بالشرع القول الذى مخرجه مخرج الشرط أو مخرج الالزام دون شرط ولا يمين يمينا فيجب ان تحمل على ذلك جميع الأقاويل التى تجرى هذا المجرى الا ما خصصه الاجماع من ذلك مثل الطلاق فظاهر الحديث يعطى ان النذر ليس بيمين وان حكمه حكم اليمين وذهب داود وأهل الظاهر الى أنه ليس يلزم من مثل هذه الأقاويل أعنى الخارجة مخرج الشرط الا ما ألزمه الاجماع من ذلك وذلك أنها ليست بنذور فيلزم فيها النذور ولا بايمان فترفعها الكفارة فلم يوجبوا على من قال ان فعلت كذا وكذا فعلى المشى الى بيت الله مشيا ولا كفارة بخلاف ما لو قال على المشى الى بيت الله لأن هذا نذر باتفاق وقد قال عليه الصلاة والسلام من نذر ان يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصيه فلا يعصه فسبب هذا الخلاف فى هذه الأقاويل التى

تخرج مخرج الشرط هو هل هي أيمان أو نذور أو ليست أيمانا ولا نذورا فتأمل هذا فانه بين ان شاء الله تعالى

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ اختلفوا في قول القائل أقسم أو أشهد ان كان كذا وكذا اهل هو يمين أم لا على ثلاثة أقوال فقيل انه ليس بيمين وهو أحد قولي الشافعي وقيل انها أيمان ضد القول الأول وبه قال أبو حنيفة وقيل ان أراد الله بها فهو يمين وان لم يرد الله بها فليست بيمين وهو مذهب مالك وسبب اختلافهم هو هل المراعى اعتبار صيغة اللفظ أو اعتبار مفهومه بالعادة أو اعتبار النية فمن اعتبر صيغة اللفظ قال ليست بيمين اذ لم يكن هنالك نطق بمقسوم به ومن اعتبر صيغة اللفظ بالعادة قال هي يمين وفي اللفظ محذوف ولا بد وهو الله تعالى ومن لم يعتبر هذين الامرين واعتبر النية اذ كان اللفظ صالحا للامرين فرق في ذلك كما تقدم ﴿ الجملة الثانية ﴾ وهذه الجملة تنقسم أوّلا قسمين القسم الاول النظر في الاستثناء والثاني النظر في الكفارات ﴿ القسم الاول ﴾ وفي هذا القسم فصلان الفصل الاول في شروط الاستثناء المؤثر في اليمين الفصل الثاني في تعريف الأيمان التي يؤثر فيها الاستثناء من التي لا يؤثر

(الفصل الاول)

وأجمعوا على أن الاستثناء بالجملة له تأثير في حل الايمان واختلفوا في شروط الاستثناء الذي يجب له هذا الحكم بعد ان أجمعوا على انه اذا اجتمع في الاستثناء ثلاثة شروط أن يكون متناسقا مع اليمين وملفوظا به ومقصودا من أول اليمين انه لا ينعقد معه اليمين واختلفوا في هذه الثلاثة مواضع أعني اذا فرق الاستثناء من اليمين أو نواه ولم ينطق به أو حدثت له نية الاستثناء بعد اليمين وان أتى به متناسقا مع اليمين

﴿ فأما المسئلة الاولى ﴾ وهي اشتراط اتصاله بالقسم فان قوما اشترطوا ذلك فيه وهو مذهب مالك وقال الشافعي لا بأس بينهما بالسكتة الخفيفة كسكتة الرجل للتذكر أو للتنفس أو لانقطاع الصوت وقال قوم من التابعين يجوز للحالف الاستثناء مالم يقم من مجلسه وكان ابن عباس يرى ان له الاستثناء أبدا على ماذكر عنه متى ماذكر وانما اتفق الجميع على ان استثناء مشيئة الله في الامر المحلوف على فعله ان كان فعلا أو على تركه ان كان تركا رافع لليمين لان الاستثناء هو رفع للزوم اليمين

قال أبو بكر بن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف فقال ان شاء الله لم يحنث وانما اختلفوا هل يؤثر في اليمين اذا لم توصل بها أو لا يؤثر لاختلافهم هل الاستثناء حال للانعقاد أم هو مانع له فاذا قلنا انه مانع للانعقاد لا حال له اشترط أن يكون متصلا باليمين واذا قلنا انه حال لم يلزم فيه ذلك والذين اتفقوا على انه حال اختلفوا هل هو حال بالقرب أو بالبعد على ما حكينا وقد احتج من رأى انه حال بالقرب بما رواه سعد عن سماك بن حرب عن عكرمة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم والله لاغزون قريشا قالها ثلاث مرات ثم سكت ثم قال ان شاء الله فدل هذا ان الاستثناء حال لليمين لا مانع لها من الانعقاد قالوا ومن الدليل على انه حال بالقرب انه لو كان حالا بالبعد على ما رواه ابن عباس لكان الاستثناء يغنى عن الكفارة والذى قالوه بين وأما اشتراط النطق باللسان فانه اختلف فيه فقيل لا بد فيه من اشتراط اللفظ أى لفظ كان من ألفاظ الاستثناء وسواء كان بألفاظ الاستثناء أو بتخصيص العموم أو بتقييد المطلق هذا هو المشهور وقيل انما ينفع الاستثناء بالنية بغير لفظ فى حرف الا فقط أى بما يدل عليه لفظ الا وليس ينفع ذلك فيما سواه من الحروف وهذه التفرقة ضعيفة والسبب فى هذا الاختلاف هو هل تلزم العقود اللازمة بالنية فقط دون اللفظ أو باللفظ والنية معا مثل الطلاق والعتق واليمين وغير ذلك

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهى هل تنفع النية الحادثة فى الاستثناء بعد انقضاء اليمين فقيل أيضا فى المذهب انها تنفع اذا حدثت متصلة باليمين وقيل بل اذا حدثت قبل ان يتم النطق باليمين وقيل بل الاستثناء على ضربين استثناء من عدد واستثناء من عموم بتخصيص أو من مطلق بتقييد فالاستثناء من العدد لا ينفع فيه الا حدوث النية قبل النطق باليمين والاستثناء من العموم ينفع فيه حدوث النية بعد اليمين اذا وصل الاستثناء نطقا باليمين وسبب اختلافهم هل الاستثناء مانع للعقد أو حال له فان قلنا انه مانع فلا بد من اشتراط حدوث النية فى أول اليمين وان قلنا انه حال لم يلزم ذلك وقد أنكر عبد الوهاب ان يشترط حدوث النية فى أول اليمين للاتفاق وزعم على ان الاستثناء حال لليمين كالكفارة سواء

(الفصل الثانى من القسم الاول)

وقد اختلفوا فى الايمان التى يؤثر فيها استثناء مشيئة الله من التى لا يؤثر فيها فقال مالك وأصحابه لا تؤثر المشيئة الا فى الايمان التى تكفر وهى اليمين بالله عندهم أو النذر المطلق على ما سيأتى وأما الطلاق والعتاق فلا يخلو أن يعلق الاستثناء فى ذلك بمجرد الطلاق أو العتق فقط مثل ان يقول هى طالق ان شاء الله أو عتيق ان شاء الله وهذه ليست عندهم يمينا واما ان يعلق الطلاق بشرط من الشروط مثل ان يقول ان كان كذا فهى طالق ان شاء الله أو ان كان كذا فهو عتيق ان شاء الله فأما القسم الاول فلا خلاف فى المذهب أن المشيئة غير مؤثرة فيه وأما القسم الثانى وهو اليمين بالطلاق ففى المذهب فيه قولان أصحهما انه اذا صرف الاستثناء الى الشرط الذى علق به الطلاق صح وان صرفه الى نفس الطلاق لم يصح وقال أبو حنيفة والشافعى الاستثناء يؤثر فى ذلك كله سواء قرنه بالقول الذى مخرجه مخرج الشرط أو بالقول الذى مخرجه مخرج الخبر وسبب الخلاف ما قلناه من أن الاستثناء هل هو حال أو مانع فاذا قلنا مانع وقرن بلفظ مجرد الطلاق فلا تأثير له فيه اذ قد وقع الطلاق أعنى اذا قال الرجل لزوجته هى طالق ان شاء الله لان المانع انما يقوم لما لم يقع وهو المستقبل وان قلنا انه حال للعقود وجب ان يكون له تأثير فى الطلاق وان كان قد وقع فتأمل هذا فانه بين ولا معنى لقول المالكية ان الاستثناء فى هذا مستحيل لان الطلاق قد وقع الا ان يعتقدوا ان الاستثناء هو هو مانع لا حال فتأمل هذا فانه ظاهر ان شاء الله

﴿ القسم الثانى من الجملة الثانية ﴾

وهذا القسم فيه فصول ثلاثة قواعد الفصل الاول فى موجب الحنث وشروطه وأحكامه الفصل الثانى فى رافع الحنث وهى الكفارات الفصل الثالث متى ترفع وكم ترفع

﴿ الفصل الاول ﴾

واتفقوا على أن موجب الحنث هو المخالفة لما انعقدت عليه اليمين وذلك اما فعل ما حلف على ألا يفعله واما ترك ما حلف على فعله اذا علم انه قد تراخى عن فعل ما حلف على فعله الى وقت ليس يمكنه فيه فعله وذلك فى اليمين بالترك المطلق مثل ان يحلف

لتأ كان هـذا الرغيف فيأ كله غيره أوالى وقت هو غير الوقت الذى اشترط فى وجود الفعل عنه وذلك فى الفعل المشترط فعله فى زمان محدود مثل أن يقول والله لافعلن اليوم كذا وكذا فانه اذا انقضى النهار ولم يفعل حنث ضرورة واختلفوا من ذلك فى أربعة مواضع أحدها اذا أتى بالمخالف ناسيا أومكرها والثانى هل يتعلق موجب اليمين بأقل ماينطلق عليه الاسم أو بجميعه والموضع الثالث هل يتعلق اليمين بالمعنى المساوى لصيغة اللفظ أو بمفهومه المخصص للصيغة والمعمم لها والموضع الرابع هل اليمين على نية الحالف أو المستحلف

﴿ فأما المسئلة الاولى ﴾ فان مالكا يرى الساهى والمكره بمنزلة العامد والشافعى يرى أن لاحنث على الساهى ولا على المكره وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى (ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان) ولم يفرق بين عامد وناس لعموم قوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه فان هذين العمومين يمكن ان يخصص كل واحد منهما بصاحبه (وأما الموضع الثانى) فمثل ان يحلف أن لا يفعل شيئا ففعل بعضه أو انه يفعل شيئا فلم يفعل بعضه فعند مالك انه اذا حلف ليأ كلن هذا الرغيف فأ كل بعضه لا يبر الا بأ كله كله واذا قال لا آكل هـذا الرغيف انه يحنث ان أ كل بعضه وعند الشافعى وأبى حنيفة انه لايحنث فى الوجهين جميعا حملا على الاخذ بأ كثر مايدل عليه الاسم وأما تفريق مالك بين الفعل والترك فلم يجر فى ذلك على أصل واحد لانه أخذ فى الترك بأقل مايدل عليه الاسم وأخذ فى الفعل بجميع مايدل عليه الاسم وكأنه ذهب الى الاحتياط

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ فمثل ان يحلف على شئ بعينه يفهم منه القصد الى معنى أعم من ذلك الشئ الذى لفظ به أو أخص أو يحلف على شئ وينوى به معنى أعم أو أخص أو يكون للشئ الذى حلف عليه اسمان أحدهما لغوى والآخر عرفى وأحدهما أخص من الآخر وأما اذا حلف على شئ بعينه فانه لا يحنث عند الشافعى وأبى حنيفة الا بالمخالفة الواقعة فى ذلك الشئ بعينه الذى وقع عليه الحلف وان كان المفهوم منه معنى أعم أو أخص من قبل الدلالة العرفية وكذلك أيضا فيما أحسب لا يعتبرون النية المخالفة للفظ وانما يعتبرون مجرد الالفاظ فقط وأما مالك فان المشهور

من مذهبه ان المعتبر أولا عنده فى الايمان التى لا يقضى على حالفها بموجبها هو النية فان عدمت فقرينة الحال فان عدمت فعرف اللفظ فان عدم فدلالة اللغة وقيل لا يراعى الا النية أو ظاهر اللفظ اللغوى فقط وقيل يراعى النية و بساط الحال ولا يراعى العرف وأما الايمان التى يقضى بها على صاحبها فانه ان جاء الحالف مستفتيا كان حكمه حكم اليمين التى لا يقضى بها على صاحبها من مراعاة هذه الاشياء فيها على هذا الترتيب وان كان مما يقضى بها عليه لم يراع فيها الا اللفظ الا ان يشهد لما يدعى من النية المخالفة لظاهر اللفظ قرينة الحال أو العرف

﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ فانهم اتفقوا على أن اليمين على نية المستحلف فى الدعاوى واختلفوا فى غير ذلك مثل الايمان على المواعيد فقال قوم على نية الحالف وقال قوم على نية المستحلف وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اليمين على نية المستحلف وقال عليه الصلاة والسلام يمينك على ما يصدقك عليه صاحبك خرج هذين الحديثين مسلم ومن قال اليمين على نية الحالف فانما اعتبر المعنى القائم بالنفس من اليمين لا ظاهر اللفظ وفى هذا الباب فروع كثيرة لكن هذه المسائل الاربع هى أصول هذا الباب اذ يكاد أن يكون جميع الاختلاف الواقع فى هذا الباب راجعا الى الاختلاف فى هذه وذلك فى الاكثر مثل اختلافهم فيمن حلف أن لا يأكل رؤسا فأكل رؤس حيتان هل يحنث أم لا فمن راعى العرف قال لا يحنث ومن راعى دلالة اللغة قال يحنث ومثل اختلافهم فيمن حلف أن لا يأكل لحما فأكل شحما فمن اعتبر دلالة اللفظ الحقيقى قال لا يحنث ومن رأى ان اسم الشئ قد ينطلق على ما يتولد منه قال يحنث و بالجملة فاختلافهم فى المسائل الفروعية التى فى هذا الباب هى راجعة الى اختلافهم فى هذه المسائل التى ذكرناو راجعة الى اختلافهم فى دلالات الالفاظ التى يحلف بها وذلك أن منها ما هى مجملة ومنها ما هى ظاهرة ومنها ما هى نصوص .

﴿ الفصل الثانى ﴾

واتفقوا على ان الكفارة فى الايمان هى الاربعة الانواع التى ذكر الله فى كتابه فى

قوله تعالى (فكفارته) الآية وجمهورهم على أن الحالف اذا حنث مخير بين الثلاثة منها أعنى الاطعام أو الكسوة أو العتق وانه لا يجوز له الصيام الا اذا عجز عن عن هذه الثلاثة لقوله تعالى (فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام) الا ماروى عن ابن عمر انه كان اذا غلظ اليمين أعتق أو كسا واذا لم يغلظها أطعم واختلفوا من ذلك فى سبع مسائل مشهورة المسئلة الاولى فى مقدار الاطعام لكل واحد من العشرة مساكين الثانية فى جنس الكسوة اذا اختار الكسوة وعددها الثالثة فى اشتراط التتابع فى صيام الثلاثة الايام أو لا اشتراطه الرابعة فى اشتراط العدد فى المساكين الخامسة فى اشتراط الاسلام فيهم والحرية السادسة فى اشتراط السلامة فى الرقبة المعتقة من العيوب السابعة فى اشتراط الايمان فيها

﴿ المسئلة الاولى ﴾ أما مقدار الاطعام فقال مالك والشافعى وأهل المدينة يعطى لكل مسكين مد من حنطة بمد النبى صلى الله عليه وسلم الا ان مالكا قال المدخاص باهل المدينة فقط لضيق معايشهم وأما سائر المدن فيعطون الوسط من نفقتهم وقال ابن القاسم يجزى المد فى كل مدينة مثل قول الشافعى وقال أبو حنيفة وأصحابه يعطيهم نصف صاع من حنطة أو صاعا من شعير أو تمر قال فان غداهم وعشاهم أجزأه والسبب فى اختلافهم فى ذلك اختلافهم فى تأويل قوله تعالى (من أوسط ماتطعمون أهليكم) هل المراد بذلك أكلة واحدة أو قوت اليوم وهو غداء وعشاء فمن قال أكلة واحدة قال المد وسط فى الشبع ومن قال غداء وعشاء قال نصف صاع ولاختلافهم أيضا سبب آخر وهو تردد هذه الكفارة بين كفارة الفطر متعمدا فى رمضان و بين كفارة الاذى فمن شبهها بكفارة الفطر قال مد واحد ومن شبهها بكفارة الاذى قال نصف صاع واختلفوا هل يكون مع الخبز فى ذلك ادام أم لا وان كان فما هو الوسط فيه فقيل يجزى الخبز قفارا وقال ابن حبيب لا يجزى وقيل الوسط من الادام الزيت وقيل اللبن والسمن والتمر واختلف أصحاب مالك من الاهل الذين أضاف اليهم الوسط من الطعام فى قوله تعالى (من أوسط ماتطعمون أهليكم) فقيل أهل المكفر وعلى هذا انما يخرج الوسط من الشئ الذى منه يعيش ان قطنية فقطنية وان حنطة فحنطة وقيل بل هم أهل البلد الذى هو فيه وعلى هذا فالمعتبر فى اللازم له

هو الوسط من عيش أهل البلد لا من عيشه أعني الغالب وعلى هذين القولين يحمل قدر الوسط من الاطعام أعني الوسط من قدر ما يطعم أهله أو الوسط من قدر ما يطعم أهل البلد أهليهم الا في المدينة خاصة

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ وهي المجزئ من الكسوة فان مالكا رأى ان الواجب في ذلك هو أن يكسى ما يجزى فيه الصلاة فان كسا الرجل كسا ثوبا وان كسا النساء كسا ثوبين درعا وخمارا وقال الشافعي وأبو حنيفة يجزى في ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم ازار أو قميص أو سراويل أو عمامة وقال أبو يوسف لا يجزى العمامة ولا السراويل وسبب اختلافهم هل الواجب الاخذ بأقل دلالة الاسم اللغوى أو المعنى الشرعى

﴿وأما المسألة الثالثة﴾ وهي اختلافهم في اشتراط تتابع الايام الثلاثة في الصيام فان مالكا والشافعي لم يشترطا في ذلك وجوب التتابع وان كانا استحباه واشترط ذلك أبو حنيفة وسبب اختلافهم في ذلك شيئان أحدهما هل يجوز العمل بالقراءة التي ليست في المصحف وذلك ان في قراءة عبد الله بن مسعود فصيام ثلاثة أيام متتابعات والسبب الثاني اختلافهم هل يحمل الامر بمطلق الصوم على التتابع أم ليس يحمل اذ كان الاصل في الصيام الواجب بالشرع انما هو التتابع

﴿وأما المسئلة الرابعة﴾ وهي اشتراط العدد في المساكين فان مالكا والشافعي قالا لا يجزيه الا أن يطعم عشرة مساكين وقال أبو حنيفة ان أطعم مسكينا واحدا عشرة أيام أجزأه والسبب في اختلافهم هل الكفارة حق واجب للعدد المذكور أو حق واجب على المكفر فقدر بالعدد المذكور فان قلنا انه حق واجب للعدد كالوصية فلا بد من اشتراط العدد وان قلنا حق واجب على المكفر لكنه قدر بالعدد أجزأ من ذلك اطعام مسكين واحد على عدد المذكورين والمسئلة محتملة

﴿وأما المسئلة الخامسة﴾ وهي اشتراط الاسلام والحرية في المساكين فان مالكا والشافعي اشترطاهما ولم يشترط ذلك أبو حنيفة وسبب اختلافهم هل استيجاب الصدقة هو بالفقر فقط أو بالاسلام اذ كان السمع قد أنبأ انه يثاب بالصدقة على الفقير الغير المسلم فمن شبه الكفارة بالزكاة الواجبة للمسلمين اشترط الاسلام في المساكين الذين تجب لهم هذه الكفارة ومن شبهها بالصدقات التي تكون عن تطوع أجاز

أن يدو نواغير مسلمين وأما سبب اختلافهم فى العبيد فهو هل يتصور فيهم وجود الفقر أم لا اذ كانوا مكفيين من ساداتهم فى غالب الاحوال أو ممن يجب أن يكفوا فمن راعى وجود الفقر فقط قال العبيد والاحرار سواء اذ قد يوجد من العبيد من يجوعه سيده ومن راعى وجوب الحق له على الغير بالحكم قال العبيد يجب على السيد القيام بهم ويقضى بذلك عليه وان كان معسرا قضى عليه ببيعه فليس يحتاجون الى المعونة بالكفارات وما جرى مجراها من الصدقات

﴿وأما المسئلة السادسة﴾ وهى هل من شرط الرقبة أن تكون سليمة من العيوب فان فقهاء الامصار شرطوا ذلك أعنى العيوب المؤثرة فى الاثمان وقال أهل الظاهر ليس ذلك من شرطها وسبب اختلافهم هل الواجب الاخذ بأقل ما يدل عليه الاسم أو بأتم ما يدل عليه

﴿وأما المسئلة السابعة﴾ وهى اشتراط الايمان فى الرقبة أيضا فان مالكا والشافعى اشترطا ذلك وأجاز أبو حنيفة أن تكون الرقبة غير مؤمنة وسبب اختلافهم هو هل يحمل المطلق على المقيد فى الاشياء التى تتفق فى الاحكام وتختلف فى الاسباب كحكم حال هذه الكفارات مع كفارة الظهار فمن قال يحمل المطلق على المقيد فى ذلك قال باشتراط الايمان فى ذلك حملا على اشتراط ذلك فى كفارة الظهار فى قوله تعالى (فتحرير رقبة مؤمنة) ومن قال لا يحمل وجب عنده أن يبقى موجب اللفظ على اطلاقه

الفصل الثالث

وأما متى ترفع الكفارة الحنث وتمحوه فانهم اختلفوا فى ذلك فقال الشافعى اذا كفر بعد الحنث أو قبله فقد ارتفع الاثم وقال أبو حنيفة لا يرتفع الحنث الا بالتكفير الذى يكون بعد الحنث لا قبله وروى عن مالك فى ذلك القولان جميعا وسبب اختلافهم شيئان أحدهما اختلاف الرواية فى قوله عليه الصلاة والسلام من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه فان قوما رووه هكذا وقوم رووه فليكفر عن يمينه وليأت الذى هو خير وظاهر هذه الرواية أن الكفارة

تجوز قبل الحنث وظاهر الثانية انها بعد الحنث والسبب الثانى اختلافهم فى هل يجزى تقديم الحق الواجب قبل وقت وجوبه لانه من الظاهر أن الكفارة انما تجب بعد الحنث كالزكاة بعد الحول ولقائل أن يقول ان الكفارة انما تجب بارادة الحنث والعزم عليه كالحال فى كفارة الظهار فلا يدخله الخلاف من هذه الجهة وكان سبب الخلاف من طريق المعنى هو هل الكفارة رافعة للحنث اذا وقع أومانعة له فمن قال مانعة أجاز تقديمها على الحنث ومن قال رافعة لم يجزها الا بعد وقوعه وأما تعدد الكفارات بتعدد الايمان فانهم اتفقوا فيما علمت أن من حلف على أمور شتى بيمين واحدة ان كفارته كفارة يمين واحدة وكذلك فيما أحسب لاخلاف بينهم انه اذا حلف بايمان شتى على شئ واحد ان الكفارات الواجبة فى ذلك بعدد الايمان كالحالف اذا حلف بايمان شتى على أشياء شتى واختلفوا اذا حلف على شئ واحد بعينه مرارا كثيرة فقال قوم فى ذلك كفارة يمين واحدة وقال قوم فى كل يمين كفارة الا ان يريد التأكيد وهو قول مالك وقال قوم فيها كفارة واحدة الا ان يريد التغليظ وسبب اختلافهم هل الموجب للتعدد هو تعدد الايمان بالجنس أو بالعدد فمن قال اختلافها بالعدد قال لكل يمين كفارة اذا كرر ومن قال اختلافها بالجنس قال فى هذه المسئلة يمين واحدة واختلفوا اذا حلف فى يمين واحدة باكثر من صفتين من صفات الله تعالى هل تعدد الكفارات بتعدد الصفات التى تضمنت اليمين أم فى ذلك كفارة واحدة فقال مالك الكفارة فى هذه اليمين متعددة بتعدد الصفات فمن حلف بالسميع العليم الحكيم كان عليه ثلاث كفارات عنده وقال قوم ان أراد الكلام الاول وجاء بذلك على انه قول واحد فكفاراة واحدة اذ كانت يمينا واحدة والسبب فى اختلافهم هل مراعاة الوحدة أو الكثرة فى اليمين هو راجع الى صيغة القول أو الى تعدد الاشياء التى يشتمل عليها القول الذى مخرجه مخرج يمين فمن اعتبر الصيغة قال كفارة واحدة ومن اعتبر عدد ما تضمنته صيغة القول من الاشياء التى يمكن أن يقسم بكل واحد منها على انفراده قال الكفارة متعددة بتعددها وهذا القدر كاف فى قواعد هذا الكتاب وسبب الاختلاف فى ذلك والله المعين برحمته

كتاب النذور

وهذا الكتاب فيه ثلاثة فصول الفصل الاول فى أصناف النذور الفصل الثانى فيما يلزم من النذور ومالا يلزم وجملة أحكامها الثالث فى معرفة الشئ الذى يلزم عنها واحكامها

(الفصل الأول)

والنذور تنقسم أولا قسمين قسم من جهة اللفظ وقسم من جهة الأشياء التى تنذر فامامن جهة اللفظ فانه ضربان مطلق وهو المخرج مخرج الخبر ومقيد وهو المخرج مخرج الشرط والمطلق على ضربين مصرح فيه بالشئ المنذور به وغير مصرح فالأول مثل قول القائل لله على نذر أن أحج والثانى مثل قوله لله على نذر دون أن يصرح بمخرج النذر والأول ربما صرح فيه بلفظ النذر وربما لم يصرح فيه به مثل أن يقول لله على أن أحج وأما المقيد المخرج مخرج الشرط فكقول القائل ان كان كذا فعلى لله نذر كذا او أن أفعل كذا وهذا ربما علقه بفعل من أفعال الله مثل أن يقول ان شفى الله مريضى فعلى نذر كذا وكذا او ربما علقه بفعل نفسه مثل أن يقول ان فعلت كذا فعلى نذر كذا وهذا هو الذى يسميه الفقهاء أيمانا وقد تقدم من قولنا انها ليست بأيمان فهذه هى أصناف النذر من جهة الصيغ وأما أصنافه من جهة الأشياء التى من جنس المعانى المنذور بها فانها تنقسم الى أربعة أقسام نذر بأشياء من جنس القرب ونذر بأشياء من جنس المعاصى ونذر بأشياء من جنس المكروهات ونذر بأشياء من جنس المباحات وهذه الأربعة تنقسم قسمين نذر بتركها ونذر بفعلها

الفصل الثانى

وأما ما يلزم من هذه النذور ومالا يلزم فانهم اتفقوا على لزوم النذر المطلق فى القرب الا ما حكى عن بعض أصحاب الشافعى ان النذر المطلق لا يجوز وانما اتفقوا على لزوم النذر المطلق اذا كان على وجه الرضا لا على وجه اللجاج وصرح فيه بلفظ النذر لا اذا لم يصرح وسواء كان النذر مصرحا فيه بالشئ المنذور أو كان غير مصرح وكذلك

أجمعوا على لزوم النذر الذى مخرجه مخرج الشرط اذا كان نذرا بقربة وانما صاروا لوجوب النذر لعموم قوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) ولأن الله تعالى قد مدح به فقال يوفون بالنذر وأخبر بوقوع العقاب بنقضه فقال (ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله) الآية الى قوله (بما كانوا يكذبون) والسبب فى اختلافهم فى التصريح بلفظ النذر فى النذر المطلق هو اختلافهم فى هل يجب النذر بالنية واللفظ معا أو بالنية فقط فمن قال بهما معا اذا قال لله علىّ كذا وكذا ولم يقل نذرا لم يلزمه شئ لأنه اخبار بوجوب شئ لم يوجبه الله عليه الا أن يصرح بجهة الوجوب ومن قال ليس من شرطه اللفظ قال ينعقد النذر وان لم يصرح بلفظه وهو مذهب مالك أعنى انه اذا لم يصرح بلفظ النذر انه يلزم وان كان من مذهبه ان النذر لا يلزم الا بالنية واللفظ لكن رأى أن حذف لفظ النذر من القول غير معتبر اذ كان المقصود بالأقاويل التى مخرجها مخرج النذر النذر وان لم يصرح فيها بلفظ النذر وهذا مذهب الجمهور والأول مذهب سعيد بن المسيب ويشبه أن يكون من لم ير لزوم النذر المطلق انما فعل ذلك من قبل انه حمل الأمر بالوفاء على الندب وكذلك من اشترط فيه الرضا فانما اشترطه لأن القربة انما تكون على جهة الرضا لا على جهة اللجاج وهو مذهب الشافعى وأما مالك فالنذر عنده لازم على أىّ جهة وقع فهذا ما اختلفوا فى لزومه من جهة اللفظ. وأما ما اختلفوا فى لزومه من جهة الاشياء المنذور بها فان فيه من المسائل الأصول اثنتين

﴿المسئلة الأولى﴾ اختلفوا فيمن نذر معصية فقال مالك والشافعى وجمهور العلماء ليس يلزمه فى ذلك شئ وقال أبو حنيفة وسفيان والكوفيون بل هو لازم واللازم عندهم فيه هو كفارة يمين لا فعل المعصية وسبب اختلافهم تعارض ظواهر الآثار فى هذا الباب وذلك أنه روى فى هذا الباب حديثان أحدهما حديث عائشة عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه فظاهر هذا أنه لا يلزم النذر بالعصيان والحديث الثانى حديث عمران بن حصين وحديث أبى هريرة الثابت عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال لا نذر فى معصية الله وكفارته كفارة يمين وهذا نص فى معنى اللزوم فمن جمع بينهما فى هذا قال الحديث الأول تضمن الاعلام بأن المعصية لا تلزم وهذا الثانى تضمن لزوم

الكفارة فمن رجح ظاهر حديث عائشة اذا لم يصح عنده حديث عمران وأبى هريرة قال ليس يلزم فى المعصية شئ ومن ذهب مذهب الجمع بين الحديثين أوجب فى ذلك كفارة يمين قال أبو عمر بن عبد البر ضعف أهل الحديث حديث عمران وأبى هريرة قالوا لأن حديث أبى هريرة يدور على سليمان بن أرقم وهو متروك الحديث وحديث عمران بن الحصين يدور على زهير بن محمد عن أبيه وأبوه مجهول لم يروعنه غير ابنه وزهير أيضا عنده مناكير ولكنه خرجه مسلم من طريق عقبة بن عامر وقد جرت عادة المالكية أن يحتجوا لمالك فى هذه المسئلة بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا قائما فى الشمس فقال ما بال هذا قالوا نذر أن لا يتكلم ولا يستظل ولا يجلس ويصوم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مروه فليتكلم وليجلس وليتم صيامه قالوا فأمره أن يتم ما كان طاعة لله ويترك ما كان معصية وليس بالظاهر ان ترك الكلام معصية وقد أخبر الله أنه نذر مريم وكذلك يشبه أن يكون القيام فى الشمس ليس بمعصية الا ما يتعلق بذلك من جهة اتعاب النفس فان قيل فيه معصية فبالقياس لا بالنص فالأصل فيه أنه من المباحات

﴿ المسئلة الثانية ﴾ واختلفوا فيمن حرم على نفسه شيأ من المباحات فقال مالك لا يلزم ماعدا الزوجة وقال أهل الظاهر ليس فى ذلك شئ وقال أبو حنيفة فى ذلك كفارة يمين وسبب اختلافهم معارضة مفهوم النظر لظاهر قوله تعالى (يأيها النبى لم تحرم ما أحل الله لك تبتغى مرضات أزواجك) وذلك ان النذر ليس هو اعتقاد خلاف الحكم الشرعى أعنى من تحريم محلل أو تحليل محرم وذلك ان التصرف فى هذا انما هو للشارع فوجب أن يكون لمكان هذا المفهوم ان من حرم على نفسه شيأ أباحه الله له بالشرع انه لا يلزمه كما لا يلزم ان نذر تحليل شئ حرمه الشرع وظاهر قوله تعالى (قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) اثر العتب على التحريم يوجب ان تكون الكفارة تحل هذا العقد واذا كان ذلك كذلك فهو غير لازم والفرقة الاولى تأولت التحريم المذكور فى الآية انه كان العقد بيمين وقد اختلف فى الشئ الذى نزلت فيه هذه الآية وفى كتاب مسلم ان ذلك كان فى شربة عسل وفيه عن ابن عباس أنه قال اذا حرم الرجل عليه امرأته فهو يمين يكفرها وقال (لقد كان لكم

في رسول الله أسوة حسنة)

(الفصل الثالث)

وأما اختلافهم فيماذا يلزم في نذر نذر من النذور وأحكام ذلك فان فيه اختلافا كثيرا لكن نشير نحن من ذلك الى مشهورات المسائل في ذلك وهي التي تتعلق أكثر ذلك بالنطق الشرعي على عادتنا في هذا الكتاب وفي ذلك مسائل خمس

﴿المسئلة الأولى﴾ اختلفوا في الواجب في النذر المطلق الذي ليس يعين فيه الناذر شيأ سوى أن يقول لله علي نذر فقال كثير من العلماء في ذلك كفارة يمين لا غير وقال قوم بل فيه كفارة الظهار وقال قوم أقل ما ينطلق عليه الاسم من القرب صيام يوم أو صلاة ركعتين وانما صار الجمهور لوجوب كفارة اليمين فيه للثابت من حديث عقبة ابن عامر أنه عليه السلام قال كفارة النذر كفارة يمين خرجه مسلم وأما من قال صيام يوم أو صلاة ركعتين فانما ذهب مذهب من يرى ان المجزي أقل ما ينطلق عليه الاسم وصلاة ركعتين أو صيام يوم أقل ما ينطلق عليه اسم النذر وأما من قال فيه كفارة الظهار فخارج عن القياس والسماع

﴿المسئلة الثانية﴾ اتفقوا على لزوم النذر بالمشي الى بيت الله أعني اذا نذر المشي راجلا واختلفوا اذا عجز في بعض الطريق فقال قوم لا شئ عليه وقال قوم عليه واختلفوا فيماذا عليه على ثلاثة أقوال فذهب أهل المدينة الى أن عليه أن يمشي مرة أخرى من حيث عجز وان شاء ركب وأجزأه وعليه دم وهذا مروي عن علي وقال أهل مكة عليه هدي دون اعادة مشي وقال مالك عليه الأمران جميعا يعني انه يرجع فيمشي من حيث وجب وعليه هدي والهدي عنده بدنة أو بقرة أو شاة ان لم يجد بقرة أو بدنة وسبب اختلافهم منازعة الاصول لهذه المسئلة ومخالفة الأثر لها وذلك أن من شبه العاجز اذا مشى مرة ثانية بالمتمتع والقارن من أجل أن القارن فعل ما كان عليه في سفرين في سفر واحد وهذا فعل ما كان عليه في سفر واحد في سفرين قال يجب عليه هدي القارن أو المتمتع ومن شبهه بسائر الأفعال التي تنوب عنها في الحج اراقة الدم قال فيه دم ومن أخذ بالآثار الواردة في هذا الباب قال اذا عجز فلا شئ عليه قال أبو عمر والسنن الواردة الثابتة في هذا الباب دليل على طرح المشقة وهو كما قال وأحدها

حديث عقبة بن عامر الجهني قال نذرت أختي أن تمشي الى بيت الله عز وجل فأمرتني أن أستفتي لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستفتيت لها النبي صلى الله عليه وسلم فقال لتمش ولتركب خرجه مسلم وحديث أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يهادى بين ابنتيه فسأل عنه فقالوا نذر أن يمشي فقال عليه الصلاة والسلام ان الله لغني عن تعذيب هذا نفسه وأمره ان يركب وهذا أيضا ثابت

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلفوا بعد اتفاقهم على لزوم المشي في حج أو عمرة فيمن نذر أن يمشي الى مسجد النبي صلى الله عليه وسلم أو الى بيت المقدس يريد بذلك الصلاة فيهما فقال مالك والشافعي يلزمه المشي وقال أبو حنيفة لا يلزمه شئ وحيث صلى أجزأه وكذلك عنده ان نذر الصلاة في المسجد الحرام وانما وجب عنده المشي بالنذر الى المسجد الحرام لمكان الحج والعمرة وقال أبو يوسف صاحبه من نذر أن يصلي في بيت المقدس أو في مسجد النبي عليه الصلاة والسلام لزمه وان صلى في البيت الحرام أجزأه عن ذلك وأكثر الناس على ان النذر لما سوى هذه المساجد الثلاثة لا يلزم لقوله عليه الصلاة والسلام لا تسرج المطي الا لثلاث فذكر المسجد الحرام ومسجده وبيت المقدس وذهب بعض الناس الى أن النذر الى المساجد التي يرجى فيها فضل زائد واجب واحتج في ذلك بفتوى ابن عباس لولد المرأة التي نذرت أن تمشي الى مسجد قباء فماتت أن يمشي عنها وسبب اختلافهم في النذر الى ما عدا المسجد الحرام اختلافهم في المعنى الذي اليه تسرج المطي الى هذه الثلاثة مساجد هل ذلك لموضع صلاة الفرض فيما عدا البيت الحرام أو لموضع صلاة النفل فمن قال لموضع صلاة الفرض وكان الفرض عنده لا ينذر اذ كان واجبا بالشرع قال النذر بالمشي الى هذين المسجدين غير لازم ومن كان عنده أن النذر قد يكون في الواجب أو انه أيضا قد يقصد هذان المسجدان لموضع صلاة النفل لقوله عليه الصلاة والسلام صلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه الا المسجد الحرام واسم الصلاة يشمل الفرض والنفل قال هو واجب لكن أبو حنيفة حمل هذا الحديث على الفرض مصيرا الى الجمع بينه وبين قوله عليه الصلاة والسلام صلاة أحدكم في بيته أفضل من صلاته في مسجدي هذا الا المكتوبة والا وقع التضاد بين هذين الحديثين وهذه المسئلة هي أن تكون

من الباب الثانى أحق ان تكون من هذا الباب

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ واختلفوا فى الواجب على من نذر أن ينحر ابنه فى مقام ابراهيم فقال مالك ينحر جزورا فداءله وقال أبو حنيفة ينحر شاة وهو أيضا مروى عن ابن عباس وقال بعضهم بل ينحر مائة من الابل وقال بعضهم يهدى ديته وروى ذلك عن على وقال بعضهم بل يحج به وبه قال الليث وقال أبو يوسف والشافعى لا شئ عليه لأنه نذر معصية ولا نذر فى معصية وسبب اختلافهم قصة ابراهيم عليه الصلاة والسلام أعنى هل ما تقرب به ابراهيم هو لازم للمسلمين أم ليس بلازم فمن رأى أن ذلك شرع خص به ابراهيم قال لا يلزم النذر ومن رأى انه لازم لنا قال النذر لازم والخلاف فى هل يلزمنا شرع من قبلنا مشهور لكن يتطرق الى هذا خلاف آخر وهو أن الظاهر من هذا الفعل أنه كان خاصا بابراهيم ولم يكن شرعا لأهل زمانه وعلى هذا فليس ينبغى أن يختلف هل هو شرع لنا أم ليس بشرع والذين قالوا انه شرع انما اختلفوا فى الواجب فى ذلك من قبل اختلافهم أيضا فى هل يحمل الواجب فى ذلك على الواجب على ابراهيم أم يحمل على غير ذلك من القرب الاسلامية وذلك اما صدقة بديته واما حج به واما هدى بدنة وأما الذين قالوا امائة من الابل فذهبوا الى حديث عبد المطلب

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ واتفقوا على أن من نذر أن يجعل ماله كله فى سبيل الله أو فى سبيل من سبل البر أنه يلزمه وأنه ليس ترفعه الكفارة وذلك اذا كان نذرا على جهة الخبر لا على الشرط وهو الذى يسمونه يمينا واختلفوا فيمن نذر ذلك على جهة الشرط مثل أن يقول مالى للمساكين ان فعلت كذا ففعله فقال قوم ذلك لازم كالنذر على جهة الخبر ولا كفارة فيه وهو مذهب مالك فى النذور التى صيغها هذه الصيغة أعنى انه لا كفارة فيه وقال قوم الواجب فى ذلك كفارة يمين فقط وهو مذهب الشافعى فى النذور التى مخرجها مخرج الشرط لانه ألحقها بحكم الايمان وأما مالك فألحقها بحكم النذور على ما تقدم من قولنا فى كتاب الايمان والذين اعتقدوا وجوب اخراج ماله فى الموضع الذى اعتقدوه اختلفوا فى الواجب عليه فقال مالك يخرج ثلث ماله فقط وقال قوم بل يجب عليه اخراج جميع ماله وبه قال ابراهيم النخعى وزفر وقال أبو حنيفة يخرج جميع الأموال التى تجب الزكاة فيها وقال بعضهم ان أخرج مثل زكاة

ماله أجزأه وفي المسئلة قول خامس وهو ان كان المال كثيرا أخرج خمسه وان كان وسطا أخرج سبعه وان كان يسيرا أخرج عشره وحد هؤلاء الكثير بألفين والوسط بألف والقليل بخمسمائة وذلك مروى عن قتادة والسبب في اختلافهم في هذه المسئلة أعني من قال المال كله أو ثلثه معارضة الاصل في هذا الباب للاثر وذلك أن ما جاء في حديث أبي لبابة بن عبد المنذر حين تاب الله عليه وأراد أن يتصدق بجميع ماله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يجزيك من ذلك الثلث هو نص في مذهب مالك وأما الأصل فيوجب أن اللازم له انما هو جميع ماله حملا على سائر النذر أعني انه يجب الوفاء به على الوجه الذي قصده لكن الواجب هو استثناء هذه المسئلة من هذه القاعدة اذ قد استثناها النص الا أن مالكا لم يلزم في هذه المسئلة أصله وذلك أنه قال ان حلف أو نذر شيأ معينا لزمه وان كان كل ماله وكذلك يلزم عنده ان عين جزأ من ماله وهو أكثر من الثلث وهذا مخالف لنص ما رواه في حديث أبي لبابة وفي قول رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي جاء بمثل بيضة من ذهب فقال أصبت هذا من معدن فخذها فهي صدقة ما أملك غيرها فاعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم جاءه عن يمينه ثم عن يساره ثم من خلفه فأخذها رسول الله صلى الله عليه وسلم فحذفه بها فلو أصابه بها لأوجعه وقال عليه الصلاة والسلام يأتي أحدكم بما يملك فيقول هذه صدقة ثم يقعد يتكفف الناس خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى وهذا نص في أنه لا يلزم المال المعين اذا تصدق به وكان جميع ماله ولعل مالكا لم تصح عنده هذه الآثار وأما سائر الاقاويل التي قيلت في هذه المسئلة فضعاف وبخاصة من حد في ذلك غير الثلث وهذا القدر كاف في أصول هذا الكتاب والله الموفق للصواب

(كتاب الضحايا)

وهذا الكتاب في أصوله أربعة أبواب الباب الأول في حكم الضحايا ومن المخاطب بها الباب الثاني في أنواع الضحايا وصفاتها وأسنانها وعددها . الباب الثالث في أحكام الذبح الباب الرابع في أحكام لحوم الضحايا .

(الباب الاول)

اختلف العلماء فى الأضحية هل هى واجبة أم هى سنة فذهب مالك والشافعى الى أنها من السنن المؤكدة ورخص مالك للحاج فى تركها بمنى ولم يفرق الشافعى فى ذلك بين الحاج وغيره وقال أبو حنيفة الضحية واجبة على المقيمين فى الأمصار الموسرين ولا تجب على المسافرين وخالفه صاحباه أبو يوسف ومحمد فقالا انها ليست بواجبة وروى عن مالك مثل قول أبى حنيفة وسبب اختلافهم شيئا ن أحدهما هل فعله عليه الصلاة والسلام فى ذلك محمول على الوجوب أو على الندب وذلك أنه لم يترك صلى الله عليه وسلم الضحية قط فيما روى عنه حتى فى السفر على ماجاء فى حديث ثوبان قال ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم أضحيته ثم قال يا ثوبان أصلح لحم هذه الضحية قال فلم أزل أطعمه منها حتى قدم المدينة والسبب الثانى اختلافهم فى مفهوم الأحاديث الواردة فى أحكام الضحايا وذلك أنه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث أم سلمة أنه قال اذا دخل العشر فأراد أحدكم أن يضحى فلا يأخذ من شعره شيأ ولا من أظفاره قالوا فقوله اذا أراد أحدكم أن يضحى فيه دليل على أن الضحية ليست بواجبة ولما أمر عليه الصلاة والسلام لأبى بردة باعادة أضحيته اذ ذبح قبل الصلاة فهم قوم من ذلك الوجوب ومذهب ابن عباس أن لا وجوب قال عكرمة بعثنى ابن عباس بدرهمين أشترى بهما لحما وقال من لقيت فقل له هذه ضحية ابن عباس وروى عن بلال أنه ضحى بديك وكل حديث ليس بوارد فى الغرض الذى يحتج به فيه فالاحتجاج به ضعيف واختلفوا هل يلزم الذى يريد التضحية أن لا يأخذ فى العشر الأول من شعره وأظفاره والحديث بذلك ثابت

(الباب الثانى)

وفى هذا الباب أربع مسائل مشهورة احداها فى تمييز الجنس والثانية فى تمييز الصفات والثالثة فى معرفة السن والرابعة فى العدد

﴿المسئلة الأولى﴾ أجمع العلماء على جواز الضحايا من جميع بهيمة الأنعام واختلفوا فى الأفضل من ذلك فذهب مالك الى أن الأفضل فى الضحايا الكباش ثم البقر ثم الابل بعكس الأمر عنده فى الهدايا وقد قيل عنه الابل ثم البقر ثم الكباش وذهب الشافعى الى عكس ماذهب اليه مالك فى الضحايا الابل ثم البقر ثم الكباش وبه قال أشهب وابن

شعبان وسبب اختلافهم معارضة القياس لدليل الفعل وذلك انه لم يرو عنه عليه الصلاة والسلام انه ضحى الا بكبش فكان ذلك دليلا على أن الكباش فى الضحايا أفضل وذلك فيما ذكر بعض الناس وفى البخارى عن ابن عمر ما يدل على خلاف ذلك وهو أنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يذبح وينحر بالمصلى وأما القياس فلان الضحايا قربة بحيوان فوجب أن يكون الافضل فيها الافضل فى الهدايا وقد احتج الشافعى لمذهبه بعموم قوله عليه الصلاة والسلام من راح فى الساعة الاولى فكأنما قرب بدنة ومن راح فى الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة ومن راح فى الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشا الحديث فكان الواجب حمل هذا على جميع القرب بالحيوان وأما مالك فحمله على الهدايا فقط لئلا يعارض الفعل القول وهو الاولى وقد يمكن أن يكون لاختلافهم سبب آخر وهو هل الذبح العظيم الذى فدى به ابراهيم سنة باقية الى اليوم وانها الاضحية وان ذلك معنى قوله وتركنا عليه فى الآخرين فمن ذهب الى هذا قال الكباش أفضل ومن رأى ان ذلك ليست سنة باقية لم يكن عنده دليل على أن الكباش أفضل مع أنه قد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بالامرين جميعا واذا كان ذلك كذلك فالواجب المصير الى قول الشافعى وكلهم مجمعون على أنه لا تجوز الضحية بغير بهيمة الانعام الا ما حكى عن الحسن بن صالح أنه قال تجوز التضحية ببقرة الوحش عن سبعة والظبى عن واحد

﴿ المسئلة الثانية ﴾ أجمع العلماء على اجتناب العرجاء البين عرجها فى الضحايا والمريضة البين مرضها والعجفاء التى لا تنقى (١) مصير الحديث البراء بن عازب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل ماذا يتقى من الضحايا فأشار بيده وقال أربع وكان البراء يشير بيده ويقول يدى أقصر من يد رسول الله صلى الله عليه وسلم العرجاء البين عرجها والعوراء البين عورها والمريضة البين مرضها والعجفاء التى لا تنقى وكذلك أجمعوا على أن ما كان من هذه الاربع خفيفا فلا تأثير له فى منع الاجزاء واختلفوا فى موضعين أحدهما فيما كان من العيوب أشد من هذه المنصوص عليها مثل العمى وكسر الساق والثانى فيما كان مساويا لها فى افادة

(١) العجفاء التى لا تنقى أى التى لا مخ فى عظامها

النقص وشينها أعنى ما كان من العيوب فى الاذن والعين والذنب والضرس وغير ذلك من الاعضاء ولم يكن يسيرا فاما الموضع الاول فان الجمهور على ان ما كان أشد من هذه العيوب المنصوص عليها فهى أحرى أن تمنع الاجزاء وذهب أهل الظاهر الى أنه لا تمنع الاجزاء ولا يتجنب بالجملة أكثر من هذه العيوب التى وقع النص عليها وسبب اختلافهم هل هذا اللفظ الوارد هو خاص أريد به الخصوص أو خاص أريد به العموم فمن قال أريد به الخصوص ولذلك أخبر بالعدد قال لا يمنع الاجزاء الا هذه الاربعة فقط ومن قال هو خاص أريد به العموم وذلك من النوع الذى يقع فيه التنبيه بالادنى على الاعلى قال ما هو أشد من المنصوص عليها فهو أحرى أن لا يجزى وأما الموضع الثانى أعنى ما كان من العيوب فى سائر الاعضاء مفيدا للنقص على نحو افادة هذه العيوب المنصوص عليها له فانهم اختلفوا فى ذلك على ثلاثة أقوال أحدها انها تمنع الاجزاء كمنع المنصوص عليها وهو المعروف من مذهب مالك فى الكتب المشهورة والقول الثانى انها لا تمنع الاجزاء وان كان يستحب اجتنابها وبه قال ابن القصار وابن الجلاب وجماعة من البغداديين من أصحاب مالك والقول الثالث انها لا تمنع الاجزاء ولا يستحب تجنبها وهو قول أهل الظاهر وسبب اختلافهم شيآن أحدهما اختلافهم فى مفهوم الحديث المتقدم والثانى تعارض الآثار فى هذا الباب أما الحديث المتقدم فمن رآه من باب الخاص أريد به الخاص قال لا يمنع ماسوى الاربع مما هو مساولها أو أكثر منها وأما من رآه من باب الخاص أريد به العام وهم الفقهاء فمن كان عنده انه من باب التنبيه بالادنى على الاعلى فقط لا من باب التنبيه بالمساوى على المساوى قال يلحق بهذه الاربع ما كان أشد منها ولا يلحق بها ما كان مساويا لها فى منع الاجزاء الا على وجه الاستحباب ومن كان عنده انه من باب التنبيه على الامرين جميعا أعنى على ما هو أشد من المنطوق به أو مساوله قال تمنع العيوب الشبيهة بالمنصوص عليها الاجزاء كما يمنعه العيوب التى هى أكبر منها فهذا هو أحد أسباب الخلاف فى هذه المسئلة وهو من قبل ترددا اللفظ بين أن يفهم منه المعنى الخاص أو المعنى العام ثم ان من فهم منه العام فأى عام هو هل الذى هو أكثر من ذلك أو الذى هو أكثر والمساوى معا على المشهور من مذهب مالك وأما السبب الثانى فانه ورد

فى هذا الباب من الاحاديث الحسان حديثان متعارضان فذكر النسائى عن أبى بردة أنه قال يارسول الله أكره النقص يكون فى القرن والاذن فقال له النبى صلى الله عليه وسلم ما كرهته فدعه ولا تحرمه على غيرك وذكر على بن أبى طالب قال أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نستشرف العين والاذن ولا يضحى بشرقاء ولا خرقاء ولا مدابرة ولا بتراء والشرقاء المشقوقة الاذن والخرقاء المثقوبة الاذن والمدابرة التى قطع من جنبتى أذنها من خلف فمن رجح حديث أبى بردة قال لا يتقى الا العيوب الاربع أوما هو أشد منها ومن جمع بين الحديثين بان حمل حديث أبى بردة على اليسير الذى هو غير بين وحديث على على الكثير الذى هو بين الحق بحكم المنصوص عليها ماهو مساو لها ولذلك جرى أصحاب هذا المذهب الى التحديد فيما يمنع الاجزاء مما يذهب من هذه الاعضاء فاعتبر بعضهم ذهاب الثلث من الاذن والذنب وبعضهم اعتبر الاكثر وكذلك الامر فى ذهاب الاسنان وأطباء الثدى وأما القرن فان مالكا قال ليس ذهاب جزء منه عيبا الا أن يكون يدمى فانه عنده من باب المرض ولا خلاف فى أن المرض البين يمنع الاجزاء وخرج أبو داود أن النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن أعضب الاذن والقرن واختلفوا فى الصكاء وهى التى خلقت بلا أذنين فذهب مالك والشافعى الا أنها لا تجوز وذهب أبو حنيفة الى أنه اذا كان خلقة جاز كالاجم ولم يختلف الجمهور ان قطع الاذن كله أو أكثره عيب وكل هذا الاختلاف راجع الى ماقدمنا واختلفوا فى الابتر فقوم أجازوه لحديث جابر الجعفى عن محمد بن قرظة عن أبى سعيد الخدرى أنه قال اشتريت كبشا لاضحى به فأكل الذئب ذنبه فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ضح به وجابر عند أكثر المحدثين لا يحتج به وقوم أيضا منعوه لحديث على المتقدم

﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ وهى معرفة السن المشترطة فى الضحايا فانهم أجمعوا على أنه لا يجوز الجذع من المعز بل الثنى فما فوقه لقوله عليه الصلاة والسلام لابى بردة لما أمره بالاعادة يجزيك ولا يجزى جذع عن أحد غيرك واختلفوا فى الجذع من الضأن فالجمهور على جوازه وقال قوم بل الثنى من الضأن وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص فالخصوص هو حديث جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

لاتذبحوا الامسنة الا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن خرجه مسلم والعموم هو ما جاء فى حديث أبى بردة بن نيار خرجه من قوله عليه الصلاة والسلام ولاتجزى جذعة عن أحد بعدك فمن رجح هذا العموم على الخصوص وهو مذهب أبى محمد ابن حزم فى هذه المسئلة لأنه زعم ان أبا الزبير مدلس عند المحدثين والمدلس عندهم من ليس يجرى العنعنة من قوله مجرى المسند لتسامحه فى ذلك وحديث أبى بردة لامطعن فيه وأما من ذهب الى بناء الخاص على العام على ماهو المشهور عند جمهور الأصوليين فانه استثنى من ذلك العموم جذع الضأن المنصوص عليها وهو الأولى وقد صحح هذا الحديث أبو بكر بن صفور (١) وخطأ أبا محمد بن حزم فيما نسب الى أبى الزبير فى غالب ظنى فى قوله رد فيه على ابن حزم

﴿وأما المسئلة الرابعة﴾ وهى عدد ما يجزى من الضحايا عن المضحين فانهم اختلفوا فى ذلك فقال مالك يجوز أن يذبح الرجل الكبش أو البقرة أو البدنة مضحيا عن نفسه وعن أهل بيته الذين تلزمه نفقتهم بالشرع وكذلك عنده الهدايا وأجاز الشافعى وأبو حنيفة وجماعة أن ينحر الرجل البدنة عن سبع وكذلك البقرة مضحيا أو مهديا وأجمعوا على أن الكبش لايجزى الا عن واحد الا مارواه مالك من أنه يجزى أن يذبحه الرجل عن نفسه وعن أهل بيته لا على جهة الشركة بل اذا اشتراه مفردا وذلك لما روى عن عائشة أنها قالت كنا بمنى فدخل علينا بلحم بقر فقلنا ماهو فقالوا ضحى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أزواجه وخالفه فى ذلك أبو حنيفة والثورى على وجه الكراهة لا على وجه عدم الاجزاء وسبب اختلافهم معارضة الأصل فى ذلك للقياس المبنى على الأثر الوارد فى الهدايا وذلك ان الأصل هو أن لايجزى الا واحد عن واحد ولذلك اتفقوا على منع الاشتراك فى الضأن وانما قلنا ان الأصل هو أن لايجزى الا واحد عن واحد لأن الأمر بالتضحية لا يتبعض اذ كان من كان له شرك فى ضحية ليس ينطلق عليه اسم مضح الا ان قام الدليل الشرعى على ذلك وأما الأثر الذى انبنى عليه القياس المعارض لهذا الأصل فما روى عن جابر أنه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية البدنة عن سبع وفى بعض روايات الحديث سن رسول

---

(١) هكذا بالاصل وليحرر

الله صلى الله عليه وسلم البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة فقاس الشافعى وأبو حنيفة الضحايا فى ذلك على الهدايا وأما مالك فرجح الأصل على القياس المبنى على هذا الأثر لأنه اعتل لحديث جابر بأن ذلك كان حين صد المشركون رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البيت وهدى المحصر بعدليس هو عنده واجبا وانما هو تطوع وهدى التطوع يجوز عنده فيه الاشتراك ولا يجوز الاشتراك فى الهدى الواجب لكن على القول بأن الضحايا غير واجبة فقد يمكن قياسها على هذا الهدى وروى عنه ابن القاسم أنه لا يجوز الاشتراك الا فى هدى تطوع ولا فى هدى وجوب وهذا كأنه رد للحديث لمكان مخالفته للاصل فى ذلك وأجمعوا على انه لا يجوز أن يشترك فى النسك أكثر من سبعة وان كان قد روى من حديث رافع ابن خديج ومن طريق ابن عباس وغيره البدنة عن عشرة وقال الطحاوى واجماعهم على أنه لا يجوز أن يشترك فى النسك أكثر من سبعة دليل على أن الآثار فى ذلك غير صحيحة وانما صار مالك لجواز تشريك الرجل أهل بيته فى أضحيته أو هديه لما رواه عن ابن شهاب أنه قال ما نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أهل بيته الا بدنة واحدة أو بقرة واحدة وانما خولف مالك فى الضحايا فى هذا المعنى أعنى فى التشريك لأن الاجماع انعقد على منع التشريك فيه فى الأجانب فوجب أن يكون الأقارب فى ذلك فى قياس الأجانب وانما فرق مالك فى ذلك بين الأجانب والأقارب لقياسه الضحايا على الهدايا فى الحديث الذى احتج به أعنى حديث ابن شهاب فاختلافهم فى هذه المسئلة اذا راجع الى تعارض الأقيسة فى هذا الباب أعنى اما الحاق الأقارب بالأجانب واما قياس الضحايا على الهدايا

(الباب الثالث)

ويتعلق بالذبح المختص بالضحايا النظر فى الوقت والذبح أما الوقت فانهم اختلفوا فيه فى ثلاثة مواضع فى ابتدائه وفى انتهائه وفى الليالى المتخللة له فاما فى ابتدائه فانهم اتفقوا على أن الذبح قبل الصلاة لا يجوز لثبوت قوله عليه الصلاة والسلام من ذبح قبل الصلاة فانما هى شاة لحم وأمره بالاعادة لمن ذبح قبل الصلاة وقوله أول ما نبدأ به

فى يوم هذا هو أن نصلى ثم ننحر الى غير ذلك من الآثار الثابتة التى فى هذا المعنى واختلفوا فيمن ذبح قبل ذبح الامام و بعد الصلاة فذهب مالك الى أنه لا يجوز لأحد ذبح اضحيته قبل ذبح الامام وقال أبو حنيفة والثورى يجوز الذبح بعد الصلاة وقبل ذبح الامام وسبب اختلافهم اختلاف الآثار فى هذا الباب وذلك انه جاء فى بعضها أن النبى عليه الصلاة والسلام أمر لمن ذبح قبل الصلاة أن يعيد الذبح وفى بعضها انه أمر لمن ذبح قبل ذبحه أن يعيد خرج هذا الحديث الذى فيه هذا المعنى مسلم فمن جعل ذلك موطنين اشترط ذبح الامام فى جواز الذبح ومن جعل ذلك موطنا واحدا قال انما يعتبر فى اجزاء الذبح الصلاة فقط وقد اختلفت الرواية فى حديث أبى بردة بن نيار وذلك ان فى بعض رواياته أنه ذبح قبل الصلاة فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعيد الذبح وفى بعضها انه ذبح قبل ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمره بالاعادة واذا كان ذلك كذلك فحمل قول الراوى أنه ذبح قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم وقول الآخر ذبح قبل الصلاة على موطن واحد أولى وذلك ان من ذبح قبل الصلاة فقد ذبح قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم فيجب أن يكون المؤثر فى عدم الاجزاء انما هو الذبح قبل الصلاة كما جاء فى الآثار الثابتة فى ذلك من حديث أنس وغيره ان من ذبح قبل الصلاة فليعد وذلك ان تأصيل هذا الحكم منه صلى الله عليه وسلم يدل بمفهوم الخطاب دلالة قوية ان الذبح بعد الصلاة يجزىء لأنه لو كان هنالك شرط آخر مما يتعلق به اجزاء الذبح لم يسكت عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم مع ان فرضه التبيين ونص حديث أنس هذا قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم النحر من كان ذبح قبل الصلاة فليعد واختلفوا من هذا الباب فى فرع مسكوت عنه وهو متى يذبح من ليس له امام من أهل القرى فقال مالك يتحرون ذبح أقرب الأئمة اليهم وقال الشافعى يتحرون قدر الصلاة والخطبة ويذبحون وقال أبو حنيفة من ذبح من هؤلاء بعد الفجر أجزأه وقال قوم بعد طلوع الشمس وكذلك اختلف أصحاب مالك فى فرع آخر وهو اذا لم يذبح الامام فى المصلى فقال قوم يتحرى ذبحه بعد انصرافه وقال قوم ليس يجب ذلك وأما آخر زمان الذبح فان مالكا قال آخره اليوم الثالث من أيام النحر وذلك مغيب الشمس فالذبح عنده هو فى الأيام المعلومات يوم النحر ويومان

بعده وبه قال أبو حنيفة وأحمد وجماعة وقال الشافعي والأوزاعي الأضحى أربعة
أيام يوم النحر وثلاثة أيام بعده وروى عن جماعة أنهم قالوا الأضحى يوم واحد وهو
يوم النحر خاصة وقد قيل الذبح الى آخر يوم من ذي الحجة وهو شاذ لا دليل عليه
وكل هذه الأقاويل مروية عن السلف وسبب اختلافهم شيئان أحدهما اختلافهم
في الأيام المعلومات ما هي في قوله تعالى (ليشهدوا منافع لهم ويذكروا اسم الله في
أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الأنعام) فقيل يوم النحر ويومان بعده وهو
المشهور وقيل العشر الأول من ذي الحجة والسبب الثاني معارضة دليل الخطاب في
هذه الآية لحديث جبير بن مطعم وذلك انه ورد فيه عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال
كل فجاج مكة منحر وكل أيام التشريق ذبح فمن قال في الأيام المعلومات انها يوم النحر
ويومان بعده في هذه الآية ورجح دليل الخطاب فيها على الحديث المذكور قال لا نحر
الا في هذه الأيام ومن رأى الجمع بين الحديث والآية وقال لا معارضة بينهما
اذ الحديث اقتضى حكما زائدا على ما في الآية مع ان الآية ليس المقصود منها تحديد أيام
الذبح والحديث المقصود منه ذلك قال يجوز الذبح في اليوم الرابع اذ كان باتفاق من
أيام التشريق ولا خلاف بينهم ان الأيام المعدودات هي أيام التشريق وأنها ثلاثة
بعد يوم النحر الا ما روى عن سعيد بن جبير أنه قال يوم النحر من أيام التشريق
انما اختلفوا في الأيام المعلومات على القولين المتقدمين وأما من قال يوم النحر فقط
فبناء على ان المعلومات هي العشر الأول قال واذا كان الاجماع قد انعقد انه لا يجوز الذبح
منها الا في اليوم العاشر وهي محل الذبح المنصوص عليها فواجب أن يكون الذبح انما
هو يوم النحر فقط

﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ وهي اختلافهم في الليالي التي تتخلل أيام النحر فذهب مالك
في المشهور عنه الى أنه لا يجوز الذبح في ليالي أيام التشريق ولا النحر وذهب الشافعي
وجماعة الى جواز ذلك وسبب اختلافهم الاشتراك الذي في اسم اليوم وذلك ان
مرة يطلقه العرب على النهار والليلة مثل قوله تعالى (فتمتعوا في داركم ثلاثة أيام)
ومرة يطلقه على الأيام دون الليالي مثل قوله تعالى (سخرها عليهم سبع ليال
وثمانية أيام حسوما) فمن جعل اسم اليوم يتناول الليل مع النهار في قوله تعالى

(ليذكروا اسم الله فى أيام معلومات) قال يجوز الذبح بالليل والنهار فى هذه الأيام ومن قال ليس يتناول اسم اليوم الليل فى هذه الآية قال لا يجوز الذبح ولا النحر بالليل والنظر هل اسم اليوم أظهر فى أحدهما من الثانى ويشبه أن يقال انه أظهر فى النهار منه فى الليل لكن ان سلمنا ان دلالته فى الآية هى على النهار فقط لم يمنع الذبح بالليل الا بنحو ضعيف من ايجاب دليل الخطاب وهو تعليق ضد الحكم بضد مفهوم الاسم وهذا النوع من أنواع دليل الخطاب هو من أضعفها حتى انهم قالوا ما قال به أحد من المتكلمين الا الدقاق فقط الا أن يقول قائل ان الأصل هو الحظر فى الذبح وقد ثبت جوازه بالنهار فعلى من جوّزه بالليل الدليل وأما الذبح فان العلماء استحبوا أن يكون المضحى هو الذى يلى ذبح أضحيته بيده واتفقوا على أنه يجوز أن يوكل غيره على الذبح واختلفوا هل تجوز الضحية ان ذبحها غيره بغير اذنه فقيل لا تجوز وقيل بالفرق بين أن يكون صديقا أو ولدا أو أجنبيا أعنى أنه لا يجوز ان كان صديقا أو ولدا ولم يختلف المذهب فيما أحسب انه ان كان أجنبيا أنها لا تجوز

الباب الرابع فى أحكام لحوم الضحايا

واتفقوا على ان المضحى مأمور أن يأكل من لحم أضحيته ويتصدق لقوله تعالى (فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير) وقوله تعالى (وأطعموا القانع والمعتر) ولقوله صلى الله عليه وسلم فى الضحايا كلوا وتصدقوا وادخروا واختلف مذهب مالك هل يؤمر بالأكل والصدقة معا أم هو مخير بين أن يفعل أحد الأمرين فقال مالك ليس له أن يفعل أحد الأمرين أعنى أن يأكل الكل أو يتصدق بالكل وقال ابن المواز له أن يفعل أحد الأمرين واستحب كثير من العلماء أن يقسمها ثلاثا ثلثا للادخار وثلثا للصدقة وثلثا للأكل لقوله عليه الصلاة والسلام فكلوا وتصدقوا وادخروا وقال عبد الوهاب فى الأكل انه ليس بواجب فى المذهب خلافا لقوم أوجبوا ذلك وأظن أهل الظاهر يوجبون تجزئة لحوم الضحايا الى الأقسام الثلاثة التى يتضمنها الحديث والعلماء متفقون فيما علمت أنه لا يجوز بيع لحمها واختلفوا فى جلدها وشعرها وما عدا ذلك مما ينتفع به منها فقال الجمهور لا يجوز بيعه وقال أبو حنيفة

يجوز بيعه بغير الدراهم والدنانير أى بالعروض وقال عطاء يجوز بكل شئ دراهم ودنانير وغير ذلك وانما فرق أبو حنيفة بين الدراهم وغيرها لأنه رأى ان المعارضة بالعروض هي من باب الانتفاع لاجماعهم على أنه يجوز أن ينتفع به وهذا القدر كاف فى قواعد هذا الكتاب والحمد لله

(كتاب الذبائح)

والقول المحيط بقواعد هذا الكتاب ينحصر فى خمسة أبواب الباب الأول فى معرفة محل الذبح والنحر وهو المذبوح أو المنحور الباب الثانى فى معرفة الذبح والنحر الباب الثالث فى معرفة الآلة التى بها يكون الذبح والنحر الباب الرابع فى معرفة شروط الذكاة الباب الخامس فى معرفة الذابح والناحر والأصول هى الأربعة والشروط يمكن أن تدخل فى الأربعة الأبواب والأسهل فى التعليم أن يجعل بابا على حدته

(الباب الاول)

والحيوان فى اشتراط الذكاة فى أكله على قسمين حيوان لا يحل الا بذكاة وحيوان يحل بغير ذكاة ومن هذه ما اتفقوا عليه ومنها ما اختلفوا فيه واتفقوا على ان الحيوان الذى يعمل فيه الذبح هو الحيوان البرى ذو الدم الذى ليس بمحرم ولا منفوذ المقاتل ولا ميؤس منه بوقذ أو نطح أو تردأ وافتراس سبع أو مرض وان الحيوان البحرى ليس يحتاج الى ذكاة واختلفوا فى الحيوان الذى ليس بدمى مما يجوز أكله مثل الجراد وغيره هل له ذكاة أم لا وفى الحيوان الدمى الذى يكون تارة فى البحر وتارة فى البر مثل السلحفاة وغيره واختلفوا فى تأثير الذكاة فى الأصناف التى نص عليها فى آية التحريم وفى تأثير الذكاة فيما لا يحل أكله أعنى فى تحليل الانتفاع بجلودها وسلب النجاسة عنها ففى هذا الباب اذا ست مسائل أصول المسئلة الأولى فى تأثير الذكاة فى الأصناف الخمسة التى نص عليها فى الآية اذا أدركت حية المسئلة الثانية فى تأثير الذكاة فى الحيوان المحرم الأكل المسئلة الثالثة فى تأثير الذكاة فى المريضة المسئلة الرابعة فى هل ذكاة الجنين ذكاة أمه أم لا المسئلة الخامسة هل للجراد ذكاة أم لا المسئلة السادسة هل للحيوان الذى يأوى فى البر تارة وفى البحر

تارة ذكاة أم لا

﴿ المسئلة الاولى ﴾ أما المنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع فانهم اتفقوا فيما أعلم انه اذا لم يبلغ الخنق منها أو الوقذ منها الى حالة لا يرجى فيها ان الذكاة عاملة فيها أعنى انه اذا غلب على الظن انها تعيش وذلك بأن لا يصاب لها مقتل واختلفوا اذا غلب على الظن انها تهلك من ذلك باصابة مقتل أو غيره فقال قوم تعمل الذكاة فيها وهو مذهب أبى حنيفة والمشهور من قول الشافعى وهو قول الزهرى وابن عباس وقال قوم لا تعمل الذكاة فيها وعن مالك فى ذلك الوجهان ولكن الأشهر انها لا تعمل فى الميؤس منها و بعضهم تأوّل فى المذهب أن الميؤس منها على ضربين ميؤسة مشكوك فيها وميؤسة مقطوع بموتها وهى المنفوذة المقاتل على اختلاف بينهم أيضا فى المقاتل قال فأما الميؤسة المشكوك فيها ففى المذهب فيها روايتان مشهورتان وأما المنفوذة المقاتل فلا خلاف فى المذهب المنقول أن الذكاة لا تعمل فيها وان كان يتخرج فيها الجواز على وجه ضعيف وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله تعالى (الا ما ذكيتم) هل هو استثناء متصل فيخرج من الجنس بعض ما يتناوله اللفظ وهو المنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع على عادة الاستثناء المتصل أم هو استثناء منقطع لا تأثير له فى الجملة المتقدمة اذ كان هذا أيضا شأن الاستثناء المنقطع فى كلام العرب فمن قال انه متصل قال الذكاة تعمل فى هذه الأصناف الخمسة وأما من قال الاستثناء منقطع فانه قال لا تعمل الذكاة فيها وقد احتج من قال ان الاستثناء متصل باجماعهم على ان الذكاة تعمل فى المرجو منها قال فهذا يدل على ان الاستثناء له تأثير فيها فهو متصل وقد احتج أيضا من رأى انه منقطع بأن التحريم لم يتعلق بأعيان هذه الأصناف الخمسة وهى حية وانما يتعلق بها بعد الموت واذا كان ذلك كذلك فالاستثناء منقطع وذلك أن معنى قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) انما هو لحم الميتة وكذلك لحم الموقوذة والمتردية والنطيحة وسائرها أى لحم الميتة بهذه الأسباب سوى التى تموت من تلقاء نفسها وهى التى تسمى ميتة أكثر ذلك فى كلام العرب أو بالحقيقة قالوا فلما علم أن المقصود لم يكن تعليق التحريم بأعيان هذه وهى حية وانما علق بها بعد الموت لان لحم

الحيوان محرم فى حال الحياة بدليل اشتراط الذكاة فيها وبدليل قوله عليه الصلاة والسلام ماقطع من البهيمة وهى حية فهو ميتة وجب أن يكون قوله الاماذكيتم استثناء منقطعا لكن الحق فى ذلك أن كيفما كان الأمر فى الاستثناء فواجب أن تكون الذكاة تعمل فيها وذلك انه ان علقنا التحريم بهذه الاصناف فى الآية بعد الموت وجب أن تدخل فى التذكية من جهة ماهى حية الاصناف الخمسة وغيرها لانها مادامت حية مساوية لغيرها فى ذلك من الحيوان أعنى انها تقبل الحلية من قبل التذكية التى الموت منها هو سبب الحلية وان قلنا ان الاستثناء متصل فلاخفاء بوجوب ذلك ويحتمل أن يقال ان عموم التحريم يمكن أن يفهم منه تناول أعيان هذه الخمسة بعد الموت وقبله كالحال فى الخنزير الذى لاتعمل فيه الذكاة فيكون الاستثناء على هذا رافعا التحريم أعيانها بالتنصيص على عمل الذكاة فيها واذا كان ذلك كذلك لم يلزم مااعترض به ذلك المعترض من الاستدلال على كون الاستثناء منقطعا وأمامن فرق بين المنفوذة المقاتل والمشكوك فيها فيحتمل أن يقال ان مذهبه أن الاستثناء منقطع وانه انما جاز تأثير الذكاة فى المرجوة بالاجماع وقاس المشكوكة على المرجوة ويحتمل أن يقال ان الاستثناء متصل ولكن استثناء هذا الصنف من الموقوذة بالقياس وذلك أن الذكاة انما يجب أن تعمل فى حين يقطع أنها سبب الموت فاما اذا شك هل كان موجب الموت الذكاة أو الوقذ أو النطح أوسائرها فلا يجب أن تعمل فى ذلك وهذه هى حال المنفوذة المقاتل وله أن يقول ان المنفوذة المقاتل فى حكم الميتة والذكاة من شرطها أن ترفع الحياة الثابتة لا الحياة الذاهبة

﴿ المسئلة الثانية ﴾ وأما هل تعمل الذكاة فى الحيوانات المحرمات الأكل حتى تطهر بذلك جلودها فانهم أيضا اختلفوا فى ذلك فقال مالك الذكاة تعمل فى السباع وغيرها ماعدا الخنزير وبه قال أبو حنيفة الا أنه اختلف المذهب فى كون السباع فيه محرمة أو مكروهة على ماسيأتى فى كتاب الاطعمة والاشربة وقال الشافعى (٧) الذكاة تعمل فى كل حيوان محرم الأكل فيجوز بيع جميع أجزائه

(٧) ليس هذا مشهور مذهب الشافعى فليراجع اه مصححه

والانتفاع بها ماعـدا اللحم وسبب الخلاف هـل جميع أجزاء الحيوان تابعة للحم في الحلية والحرمة أم ليست بتابعة للحم فمن قال انها تابعة للحم قال اذا لم تعمل الذكاة في اللحم لم تعمل فيما سواه ومن رأى أنها ليست بتابعـة قال وان لم تعمل في اللحم فانها تعمل في سائر أجزاء الحيوان لان الاصـل انها تعمل في جميع الاجزاء فاذا ارتفع بالدليـل المحرم للحم عملها في اللحم بقي عملها في سائر الاجزاء الا أن يدل الدليل على ارتفاعه

﴿ المسـئلة الثالثة ﴾ واختلفوا في تأثير الذكاة في البهيمة التي أشرفت على الموت من شـدة المرض بعـد اتفاقهم على عمل الذكاة في التي لم تشرف على الموت فالجمهور على أن الذكاة تعمل فيها وهو المشهور عن مالك وروى عنه أن الذكاة لا تعمل فيها وسبب الخلاف معارضـة القياس للاثر فاما الاثر فهو ماروى أن أمة لكعب بن مالك كانت ترعى غنما بسلع فاصيبت شاة منها فادركتها فذكتها بحجر فسئل رسول الله صلى الله عليه وسـلم فقال كلوها خرجه البخاري ومسلم وأما القياس فلأن المعلوم من الذكاة انها انمـا تفـعل في الحي وهـذه في حكم الميت وكل من أجاز ذبحها فانهم اتفقوا على أنه لا تعمل الذكاة فيها الا اذا كان فيها دليـل على الحياة واختلفوا فيما هو الدليل المعتـبر في ذلك فبعضهم اعتـبر الحركة و بعضـهم لم يعتبرها والأول مذهب أبي هريرة والثاني مذهب زيد بن ثابت و بعضـهم اعتبر فيها ثلاث حركات طرف العين وتحريك الذنب والركض بالرجـل وهو مذهب سـعيد بن المسيب وزيد بن أسـلم وهو الذي اختاره محمد بن المواز و بعضـهم شرط مع هـذه التنفس وهو مذهب ابن حبيب

﴿ المسـئلة الرابعة ﴾ واختلفوا هـل تعمل ذكاة الام في جنينها أم ليس تعمل فيه وانمـا هو ميتة أعني اذا خرج منها بعـد ذبح الأم فذهب جمهور العلماء الى أن ذكاة الأم ذكاة لجنينها و به قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة ان خرج حيا ذبح وأكل وان خرج ميتا فهو ميتة والذين قالوا ان ذكاة الأم ذكاة له بعضهم اشترط في ذلك تمام خلقته ونبات شـعره و به قال مالك و بعضهم لم يشـترط ذلك و به قال الشافعي وسبب اختلافهم اختلافهم في صحة الأثر المروي في ذلك من حديث أبي سعيد الخدري

مع مخالفته للاصول وحديث أبي سعيد هو قال سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البقرة أو الناقة أو الشاة ينحرها أحدنا فنجد في بطنها جنينا أنأكله أو نلقيه فقال كلوه ان شئتم فان ذكاته ذكاة أمه وخرج مثله الترمذي وأبو داود عن جابر واختلفوا في تصحيح هذا الأثر فلم يصححه بعضهم وصححه بعضهم وأحد من صححه الترمذي وأما مخالفة الأصل في هذا الباب للاثر فهو ان الجنين اذا كان حيا ثم مات بموت أمه فانما يموت خنقا فهو من المنخنقة التي ورد النص بتحريمها والى تحريمه ذهب أبو محمد بن حزم ولم يرض سند الحديث وأما اختلاف القائلين بحليته في اشتراطهم نبات الشعر فيه أولا اشتراطه فالسبب فيه معارضة العموم للقياس وذلك أن عموم قوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة أمه يقتضي أن لا يقع هنالك تفصيل وكونه محلا للذكاة يقتضي أن يشترط فيه الحياة قياسا على الأشياء التي تعمل فيها التذكية والحياة لا توجد فيه الا اذا نبت شعره وتم خلقه ويعضد هذا القياس ان هذا الشرط مروي عن ابن عمر وعن جماعة من الصحابة وروى معمر عن الزهري عن عبد الله بن كعب بن مالك قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون اذا أشعر الجنين فذكاته ذكاة أمه وروى ابن المبارك عن ابن أبي ليلى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكاة الجنين ذكاة أمه أشعر أو لم يشعر الا أن ابن أبي ليلى سيء الحفظ عندهم والقياس يقتضي أن تكون ذكاته في ذكاة أمه من قبل انه جزء منها واذا كان ذلك كذلك فلا معنى لاشتراط الحياة فيه فيضعف أن يخصص العموم الوارد في ذلك بالقياس الذي تقدم ذكره عن أصحاب مالك

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ واختلفوا في الجراد فقال مالك لا يؤكل من غير ذكاة وذكاته عنده هو أن يقتل اما بقطع رأسه أو بغير ذلك وقال عامة الفقهاء يجوز أكل ميتته وبه قال مطرف وذكاة ما ليس بذي دم عند مالك كذكاة الجراد وسبب اختلافهم في ميتة الجراد هو هل يتناوله اسم الميتة أم لا في قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) وللخلاف سبب آخر وهو هل هو نثرة حوت أو حيوان بري

﴿ المسئلة السادسة ﴾ واختلفوا في الذي يتصرف في البر والبحر هل يحتاج الى

ذكاة أم لا فغلب قوم فيه حكم البر وغلب آخرون حكم البحر واعتبر آخرون حيث يكون عيشه ومتصرفه منهما غالبا

(الباب الثاني في الذكاة)

وفي قواعد هذا الباب مسئلتان المسئلة الاولى في أنواع الذكاة المختصة بصنف صنف من بهيمة الانعام الثانية في الذكاة

﴿ المسئلة الاولى ﴾ واتفقوا على أن الذكاة في بهيمة الانعام نحر وذبح وأن من سنة الغنم والطير الذبح وأن من سنة الابل النحر وأن البقر يجوز فيها الذبح والنحر واختلفوا هل يجوز النحر في الغنم والطير والذبح في الابل فذهب مالك الى انه لا يجوز النحر في الغنم والطير ولا الذبح في الابل وذلك في غير موضع الضرورة وقال قوم يجوز جميع ذلك من غير كراهة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجماعة العلماء وقال أشهب ان نحر ما يذبح أو ذبح ما ينحر أكل ولكنه يكره وفرق ابن بكير بين الغنم والابل فقال يؤكل البعير بالذبح ولا تؤكل الشاة بالنحر ولم يختلفوا في جواز ذلك في موضع الضرورة وسبب اختلافهم معارضة الفعل للعموم فاما العموم فقوله عليه الصلاة والسلام ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا وأما الفعل فانه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نحر الابل والبقر وذبح الغنم وانما اتفقوا على جواز ذبح البقر لقوله تعالى (ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة) وعلى ذبح الغنم لقوله تعالى في الكبش (وفديناه بذبح عظيم)

﴿ المسئلة الثانية ﴾ وأما صفة الذكاة فانهم اتفقوا على أن الذبح الذي يقطع فيه الودجان والمرىء والحلقوم مبيح للاكل واختلفوا من ذلك في مواضع أحدها هل الواجب قطع الاربعة كلها أو بعضها وهل الواجب في المقطوع منها قطع الكل أو الاكثر وهل من شرط القطع ان لا تقع الجوزة الى جهة البدن بل الى جهة الرأس وهل ان قطعها من جهة العنق جاز أكلها أم لا وهل ان تمادى في قطع هذه حتى قطع النخاع جاز ذلك أم لا وهل من شرط الذكاة ان لا يرفع يده حتى يتم الذكاة أم لا فهذه ست مسائل في عدد المقطوع وفي مقداره وفي موضعه وفي نهاية القطع وفي جهته أعني

من قدام أو خلف وفى صفته

﴿ أما المسئلة الاولى ﴾ فان المشهور عن مالك فى ذلك هو قطع الودجين والحلقوم وانه لايجزى أقل من ذلك وقيل عنه بل الاربعة وقيل بل الودجين فقط ولم يختلف المذهب فى ان الشرط فى قطع الودجين هو استيفاؤهما واختلف فى قطع الحلقوم على القول بوجوبه فقيل كله وقيل أكثره وأما أبو حنيفة فقال الواجب فى التذكية هو قطع ثلاثة غير معينة من الاربعة اما الحلقوم والودجان واما المرىء والحلقوم وأحد الودجين أو المرىء والودجان وقال الشافعى الواجب قطع المرىء والحلقوم فقط وقال محمد بن الحسن الواجب قطع أكثر كل واحد من الاربعة وسبب اختلافهم انه لم يأت فى ذلك شرط منقول وانما جاء فى ذلك أثران أحدهما يقتضى انهار الدم فقط والآخر يقتضى قطع الاوداج مع انهار الدم ففى حديث رافع بن خديج انه قال عليه الصلاة والسلام ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكل وهو حديث متفق على صحته وروى عن أبى أمامة عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال ما فرى الاوداج فكلوا مالم يكن رض ناب أو نحر ظفر فظاهر الحديث الاول يقتضى قطع بعض الاوداج فقط لان انهار الدم يكون بذلك وفى الثانى قطع جميع الاوداج فالحديثان والله أعلم متفقان على قطع الودجين اما أحدهما أو البعض من كليهما أو من واحد منهما ولذلك وجه الجمع بين الحديثين ان يفهم من لام التعريف فى قوله عليه الصلاة والسلام ما فرى الاوداج البعض لا الكل اذ كانت لام التعريف فى كلام العرب قد تدل على البعض وأما من اشترط قطع الحلقوم والمرىء فليس له حجة من السماع وأكثر من ذلك من اشترط المرىء والحلقوم دون الودجين ولهذا ذهب قوم الى ان الواجب هو قطع ما وقع الاجماع على جوازه لان الذكاة لما كانت شرطا فى التحليل ولم يكن فى ذلك نص فيما يجزى وجب أن يكون الواجب فى ذلك ما وقع الاجماع على جوازه الا ان يقوم الدليل على جواز الاستثناء من ذلك وهو ضعيف لان ما وقع الاجماع على أجزائه ليس يلزم ان يكون شرطا فى الصحة

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ فى موضع القطع وهى ان لم يقطع الجوزة فى نصفها وخرجت الى جهة البدن فاختلف فيه فى المذهب فقال مالك وابن القاسم لا تؤكل وقال

أشهب وابن عبد الحكم وابن وهب تؤكل وسبب الخلاف هل قطع الحلقوم شرط فى الذكاة أو ليس بشرط فمن قال انه شرط قال لا بد ان تقطع الجوزة لانه اذا قطع فوق الجوزة فقد خرج الحلقوم سليما ومن قال انه ليس بشرط قال ان قطع فوق الجوزة جاز

﴿وأما المسئلة الرابعة﴾ وهى ان قطع أعضاء الذكاة من ناحية العنق فان المذهب لا يختلف انه لا يجوز وهو مذهب سعيد بن المسيب وابن شهاب وغيرهم وأجاز ذلك الشافعى وأبو حنيفة واسحق وأبو ثور وروى ذلك عن ابن عمر وعلى وعمران بن الحصين وسبب اختلافهم هل تعمل الذكاة فى المنفوذة المقاتل أم لا تعمل وذلك ان القاطع لاعضاء الذكاة من القفا لا يصل اليها بالقطع الا بعد قطع النخاع وهو مقتل من المقاتل فترد الذكاة على حيوان قد أصيب مقتله وقد تقدم سبب الخلاف فى هذه المسئلة

﴿وأما المسئلة الخامسة﴾ وهى أن يتمادى الذابح بالذبح حتى يقطع النخاع فان مالكا كره ذلك اذا تمادى فى القطع ولم ينو قطع النخاع من أول الامر لانه ان نوى ذلك فكأنه نوى التذكية على غير الصفة الجائزة وقال مطرف وابن الماجشون لا تؤكل ان قطعها متعمدا دون جهل وتؤكل ان قطعها ساهيا أو جاهلا

﴿وأما المسئلة السادسة﴾ وهى هل من شرط الذكاة ان تكون فى فور واحد فان المذهب لا يختلف ان ذلك من شرط الذكاة وأنه اذا رفع يده قبل تمام الذبح ثم أعادها وقد تباعد ذلك ان تلك الذكاة لا تجوز واختلفوا اذا أعاد يده بفور ذلك و بالقرب فقال ابن حبيب ان أعاد يده بالفور أكلت وقال سحنون لا تؤكل وقيل ان رفعها لمكان الاختبار هل تمت الذكاة أم لا فاعادها على الفور ان تبين له انها لم تتم أكلت وهو أحد ما تؤول على سحنون وقد تؤول قوله على الكراهة قال أبو الحسن اللخمى ولو قيل عكس هذا لكان أجود أعنى أنه اذا رفع يده وهو يظن انه قد أتم الذكاة فتبين له غير ذلك فاعادها انها تؤكل لان الاول وقع عن شك وهذا عن اعتقاد ظنه يقينا وهذا مبنى على أن من شرط الذكاة قطع كل أعضاء الذكاة فاذا رفع يده قبل ان تستتم كانت منفوذة المقاتل غير مذكاة فلا تؤثر فيها العودة لانها بمنزلة ذكاة طرأت على المنفوذة المقاتل

(الباب الثالث فيما تكون به الذكاة)

أجمع العلماء على أن كل ما أنهر الدم وفرى الاوداج من حديد أو صخر أو عود أو قضيب أن التذكية به جائزة واختلفوا فى ثلاثة فى السن والظفر والعظم فمن الناس من أجاز التذكية بالعظم ومنعها بالسن والظفر والذين منعوها بالسن والظفر منهم من فرق بين ان يكونا منزوعين أولا يكونا منزوعين فاجاز التذكية بهما اذا كانا منزوعين ولم يجزها اذا كانا متصلين ومنهم من قال ان الذكاة بالسن والعظم مكروهة غير ممنوعة ولا خلاف فى المذهب أن الذكاة بالعظم جائزة اذا أنهر الدم واختلف فى السن والظفر فيه على الاقاويل الثلاثة أعنى بالمنع مطلقا والفرق فيهما بين الانفصال والاتصال وبالكراهية لا بالمنع وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم النهى الوارد فى قوله عليه الصلاة والسلام فى حديث رافع بن خديج وفيه قال يارسول الله انا لاقو العدو غدا وليس معنا مدى فنذبح بالقصب فقال عليه الصلاة والسلام ما أنهر الدم وذكر اسم الله فكل ليس السن والظفر وسأحدثكم عنه أما السن فعظم وأما الظفر فمدى الحبشة فمن الناس من فهم منه أن ذلك لمكان أن هذه الاشياء ليس فى طبعها ان تنهر الدم غالبا ومنهم من فهم من ذلك انه شرع غير معلل والذين فهموا منه أنه شرع غير معلل منهم من اعتقد أن النهى فى ذلك يدل على فساد المنهى عنه ومنهم من اعتقد انه لا يدل على فساد المنهى عنه ومنهم من اعتقد أن النهى فى ذلك على وجه الكراهة لا على وجه الحظر فمن فهم أن المعنى فى ذلك انه لا ينهر الدم غالبا قال اذا وجد منهما ما ينهر الدم جاز ولذلك رأى بعضهم ان يكونا منفصلين اذ كان انهار الدم منهما اذا كانا بهذه الصفة أمكن وهو مذهب أبى حنيفة ومن رأى أن النهى عنهما هو مشروع غير معلل وأنه يدل على فساد المنهى عنه قال ان ذبح بهما لم تقع التذكية وان أنهر الدم ومن رأى أنه لا يدل على فساد المنهى عنه قال ان فعل وأنهر الدم أثم وحلت الذبيحة ومن رأى أن النهى على وجه الكراهية كره ذلك ولم يحرمه ولا معنى لقول من فرق بين العظم والسن فانه عليه الصلاة والسلام قد علل المنع فى السن بانه عظم ولا يختلف المذهب انه يكره غير الحديد من المحدودات مع وجود الحديد لقوله عليه الصلاة والسلام ان الله كتب الاحسان على كل مسلم فاذا قتلتم فأحسنوا القتلة واذا ذبحتم فأحسنوا

الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته خرّجه مسلم

(الباب الرابع فى شروط الذكاة)

وفى هذا الباب ثلاث مسائل المسئلة الاولى فى اشتراط التسمية الثانية فى اشتراط البسملة الثالثة فى اشتراط النية

﴿المسئلة الاولى﴾ واختلفوا فى حكم التسمية على الذبيحة على ثلاثة أقوال فقيل هى فرض على الاطلاق وقيل بل هى فرض مع الذكر ساقطة مع النسيان وقيل بل هى سنة مؤكدة وبالقول الاول قال أهل الظاهر وابن عمر والشعبى وابن سيرين وبالقول الثانى قال مالك وأبو حنيفة والثورى وبالقول الثالث قال الشافعى وأصحابه وهو مروى عن ابن عباس وأبى هريرة وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب فى ذلك للاثر فاما الكتاب فقوله تعالى (ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق) وأما السنة المعارضة لهذه الآية فما رواه مالك عن هشام عن أبيه أنه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقيل يارسول الله ان ناسا من البادية يأتوننا بلحمان ولا ندرى أسموا الله عليها أم لا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم سموا الله عليها ثم كلوها فذهب مالك الى أن الآية ناسخة لهذا الحديث وتأول أن هذا الحديث كان فى أول الاسلام ولم ير ذلك الشافعى لان هذا الحديث ظاهره انه كان بالمدينة وآية التسمية مكية فذهب الشافعى لمكان هذا مذهب الجمع بان حمل الامر بالتسمية على الندب وأما من اشترط الذكر فى الوجوب فصيرا الى قوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه

﴿المسئلة الثانية﴾ وأما استقبال القبلة بالذبيحة فان قوما استحبوا ذلك وقوما أجازوا ذلك وقوما أوجبوه وقوما كرهوا أن لا يستقبل بها القبلة والكراهية والمنع موجودان فى المذهب وهى مسئلة مسكوت عنها والاصل فيها الاباحة الا ان يدل الدليل على اشتراط ذلك وليس فى الشرع شئ يصلح ان يكون أصلا تقاس عليه هذه المسئلة الا ان يستعمل فيها قياس مرسل وهو القياس الذى لا يستند الى أصل مخصوص عند من أجازه أو قياس شبه بعيد وذلك أن القبلة هى جهة معظمة وهذه عبادة فوجب ان يشترط فيها الجهة لكن هذا ضعيف لانه ليس كل عبادة تشترط

فيها الجهة ماعدا الصلاة وقياس الذبح على الصلاة بعيد وكذلك قياسه على استقبال القبلة بالميت

﴿المسئلة الثالثة﴾ وأما اشتراط النية فيها فقيل فى المذهب بوجوب ذلك ولا أذكر فيها خارج المذهب فى هذا الوقت خلافا فى ذلك ويشبه ان يكون فى ذلك قولان قول بالوجوب وقول بترك الوجوب فمن أوجب قال عبادة لاشتراط الصفة فيها والعدد فوجب ان يكون من شرطها النية ومن لم يوجبها قال فعل معقول يحصل عنه فوات النفس الذى هو المقصود منه فوجب أن لا تشترط فيها النية كما يحصل من غسل النجاسة ازالة عينها

(الباب الخامس فيمن تجوز تذكيته ومن لا تجوز)

والمذكور فى الشرع ثلاثة أصناف صنف اتفق على جواز تذكيته وصنف اتفق على منع ذكاته وصنف اختلف فيه فاما الصنف الذى اتفق على ذكاته فمن جمع خمسة شروط الاسلام والذكورية والبلوغ والعقل وترك تضييع الصلاة وأما الذى اتفق على منع تذكيته فالمشركون عبدة الاصنام لقوله تعالى (وماذبح على النصب) ولقوله (وما أهل به لغير الله) وأما الذين اختلف فيهم فاصناف كثيرة لكن المشهور منها عشرة أهل الكتاب والمجوس والصابئون والمرأة والصبى والمجنون والسكران والذى يضيع الصلاة والسارق والغاصب فاما أهل الكتاب فالعلماء مجمعون على جواز ذبائحهم لقوله تعالى (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم) ومختلفون فى التفصيل فاتفقوا على انهم اذا لم يكونوا من نصارى بنى تغلب ولا مرتدين وذبحوا لانفسهم وعلم انهم سموا الله تعالى على ذبيحتهم وكانت الذبيحة مما لم يحرم عليهم فى التوراة ولا حرموها هم على أنفسهم انه يجوز منها ماعدا الشحم واختلفوا فى مقابلات هذه الشروط أعنى اذا ذبحوا لمسلم باستنابته أو كانوا من نصارى بنى تغلب أو مرتدين واذا لم يعلم انهم سموا الله أو جهل مقصود ذبحهم أو علم انهم سموا غير الله مما يذبحونه لكنائسهم وأعيادهم أو كانت الذبيحة مما حرمت عليهم بالتوراة كقوله تعالى كل ذى ظفر أو كانت مما حرموها على أنفسهم مثل الذبائح التى تكون عند اليهود فاسدة من قبل خلقة إلهية وكذلك اختلفوا فى الشحوم فاما إذا ذبحوا

باستنابة مسلم فقيل فى المذهب عن مالك يجوز وقيل لا يجوز وسبب الاختلاف هل من شرط ذبح المسلم اعتقاد تحليل الذبيحة على الشروط الاسلامية فى ذلك أم لا. فمن رأى أن النية شرط فى الذبيحة قال لا تحل ذبيحة الكتابى لمسلم لانه لا يصح منه وجود هذه النية ومن رأى أن ذلك ليس بشرط وغلب عموم الكتاب أعنى قوله تعالى (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم) قال يجوز وكذلك من اعتقد أن نية المستنيب تجزى وهو أصل قول ابن وهب

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ وهى ذبائح نصارى بنى تغلب والمرتدين فان الجمهور على أن ذبائح النصارى من العرب حكمها حكم ذبائح أهل الكتاب وهو قول ابن عباس ومنهم من لم يجز ذبائحهم وهو أحد قولى الشافعى وهو مروى عن على رضى الله عنه وسبب الخلاف هل يتناول العرب المتنصرين والمتهودين اسم الذين أوتوا الكتاب كما يتناول ذلك الامم المختصة بالكتاب وهم بنو اسرائيل والروم وأما المرتد فان الجمهور على ان ذبيحته لا تؤكل وقال اسحق ذبيحته جائزة وقال الثورى مكروهة وسبب الخلاف هل المرتد لا يتناوله اسم أهل الكتاب اذ كان ليس له حرمة أهل الكتاب أو يتناوله

﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ وهى اذا لم يعلم ان أهل الكتاب سموا الله على الذبيحة فقال الجمهور تؤكل وهو مروى عن على ولست أذكر فيه فى هذا الوقت خلافا ويتطرق اليه الاحتمال بان يقال ان الاصل هو ان لا يؤكل من تذكيتهم الا ما كان على شروط الاسلام فاذا قيل على هذا ان التسمية من شرط التذكية وجب أن لا تؤكل ذبائحهم بالشك فى ذلك وأما اذا علم انهم ذبحوا ذلك لاعيادهم وكنائسهم فان من العلماء من كرهه وهو قول مالك ومنهم من أباحه وهو قول أشهب ومنهم من حرمه وهو الشافعى وسبب اختلافهم تعارض عمومى الكتاب فى هذا الباب وذلك ان قوله تعالى (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم) يحتمل أن يكون مخصصا لقوله تعالى (وما أهل به لغير الله) ويحتمل ان يكون قوله تعالى (وما أهل به لغير الله) مخصصا لقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم اذ كان كل واحد منهما يصح أن يستثنى من الآخر فمن جعل قوله تعالى وما أهل به لغير الله مخصصا لقوله تعالى وطعام الذين أوتوا

الكتاب حل لكم قال لا يجوز ما أهل به للكنائس والاعياد ومن عكس الامر قال يجوز وأما اذا كانت الذبيحة مما حرمت عليهم فقيل يجوز وقيل لا يجوز وقيل بالفرق بين أن تكون محرمة عليهم بالتوراة أو من قبل أنفسهم أعنى باباحة ما ذبحوا مما حرموا على أنفسهم ومنع ما حرم الله عليهم وقيل يكره ولا يمنع والاقاويل الاربعة موجودة فى المذهب المنع عن ابن القاسم والاباحة عن ابن وهب وابن عبد الحكم والتفرقة عن أشهب وأصل الاختلاف معارضة عموم الآية لاشتراط نية الذكاة أعنى اعتقاد تحليل الذبيحة بالتذكية فمن قال ذلك شرط فى التذكية قال لا تجوز هذه الذبائح لانهم لا يعتقدون تحليلها بالتذكية ومن قال ليس بشرط فيها وتمسك بعموم الآية المحللة قال تجوز هذه الذبائح وهذا بعينه هو سبب اختلافهم فى أكل الشحوم من ذبائحهم ولم يخالف فى ذلك أحد غير مالك وأصحابه فمنهم من قال ان الشحوم محرمة وهو قول أشهب ومنهم من قال مكروهة والقولان عن مالك ومنهم من قال مباحة ويدخل فى الشحوم سبب آخر من أسباب الخلاف سوى معارضة العموم لاشتراط اعتقاد تحليل الذبيحة بالذكاة وهو هل تتبعض التذكية أو لا تتبعض فمن قال تتبعض قال لا تؤكل الشحوم ومن قال لا تتبعض قال يؤكل الشحم ويدل على تحليل شحوم ذبائحهم حديث عبد الله بن مغفل اذ أصاب جراب الشحم يوم خيبر وقد تقدم فى كتاب الجهاد ومن فرق بين ما حرم عليهم من ذلك فى أصل شرعهم وبين ما حرموا على أنفسهم قال ما حرم عليهم هو أمر حق فلا تعمل فيه الذكاة وما حرموا على أنفسهم هو أمر باطل فتعمل فيه التذكية قال القاضى والحق ان ما حرم عليهم أو حرموا على أنفسهم هو فى وقت شريعة الاسلام أمر باطل اذ كانت ناسخة لجميع الشرائع فيجب أن لا يراعى اعتقادهم فى ذلك ولا يشترط أيضا أن يكون اعتقادهم فى تحليل الذبائح اعتقاد المسلمين ولا اعتقاد شريعتهم لأنه لو اشترط ذلك لما جاز أكل ذبائحهم بوجه من الوجوه لكون اعتقاد شريعتهم فى ذلك منسوخا واعتقاد شريعتنا لا يصح منهم وانما هذا حكم خصهم الله تعالى به فذبائحهم والله أعلم جائزة لنا على الاطلاق والا ارتفع حكم آية التحليل جملة فتأمل هذا فانه بين والله أعلم وأما المجوس فان الجمهور على أنه لا تجوز ذبائحهم لأنهم مشركون وتمسك قوم فى اجازتها بعموم قوله عليه الصلاة

والسلام سنوا بهم سنة أهل الكتاب وأما الصابؤن فالاختلاف فيهم من قبل اختلافهم فى هل هم من أهل الكتاب أم ليسوا من أهل الكتاب وأما المرأة والصبي فان الجمهور على أن ذبائحهم جائزة غير مكروهة وهو مذهب مالك وكره ذلك أبو المصعب والسبب فى اختلافهم نقصان المرأة والصبي وانما لم يختلف الجمهور فى المرأة لحديث معاذ بن سعد أن جارية لكعب بن مالك كانت ترعى بسلع فاصيبت شاة فأدركتها فذكتها بحجر فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا بأس بها فكلوها وهو حديث صحيح وأما المجنون والسكران فان مالكا لم يجز ذبيحتهما وأجاز ذلك الشافعي وسبب الخلاف اشتراط النية فى الذكاة فمن اشترط النية منع ذلك اذ لا يصح من المجنون ولا من السكران وبخاصة الملتخ وأما جواز تذكية السارق والغاصب فان الجمهور على جواز ذلك ومنهم من منع من ذلك ورأى انها ميتة وبه قال داود واسحق بن راهويه وسبب اختلافهم هل النهي يدل على فساد المنهي عنه أولا يدل فمن قال يدل قال السارق والغاصب منهي عن ذكاتها وتناولها وتملكها فاذا ذكاها فسدت التذكية ومن قال لا يدل الا اذا كان المنهي عنه شرطا من شروط ذلك الفعل قال تذكيتهم جائزة لانه ليس صحة الملك شرطا من شروط التذكية وفى موطأ ابن وهب أنه سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها فلم ير بها بأسا وقد جاء اباحة ذلك مع الكراهية فيما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام فى الشاة التى ذبحت بغير اذن ربها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أطعموها الاسارى وهذا القدر كاف فى أصول هذا الكتاب والله أعلم

(كتاب الصيد)

وهذا الكتاب فى أصوله أيضا أربعة أبواب الباب الأول فى حكم الصيد وفى محل الصيد الثانى فيما به يكون الصيد الثالث فى صفة ذكاة الصيد والشرائط المشترطة فى عمل الذكاة فى الصيد الرابع فيمن يجوز صيده

(الباب الاول)

فأما حكم الصيد فالجمهور على انه مباح لقوله تعالى (أحل لكم صيد البحر وطعامه

متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما) ثم قال (واذا حللتم فاصطادوا) واتفق العلماء على أن الامر بالصيد فى هذه الآية بعد النهى يدل على الاباحة كما اتفقوا على ذلك فى قوله تعالى (فاذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الارض وابتغوا من فضل الله) أعنى أن المقصود به الاباحة لوقوع الامر به بعد النهى وان كان اختلفوا هل الامر بعد النهى يقتضى الاباحة أو لا يقتضيه وانما يقتضى على أصله الوجوب وكره مالك الصيد الذى يقصد به السرف وللمتأخرين من أصحابه فيه تفصيل محصول قولهم فيه أن منه ما هو فى حق بعض الناس واجب وفى حق بعضهم حرام وفى حق بعضهم مندوب وفى حق بعضهم مكروه وهذا النظر فى الشرع تغلغل فى القياس وبعد عن الاصول المنطوق بها فى الشرع فليس يليق بكتابنا هذا اذ كان قصدنا فيه انما هو ذكر المنطوق به من الشرع أو ما كان قريبا من المنطوق به وأما محل الصيد فانهم أجمعوا على أن محله من الحيوان البحرى هو السمك وأصنافه ومن الحيوان البرى الحلال الاكل الغير متأنس واختلفوا فيما استوحش من الحيوان المتأنس فلم يقدر على أخذه ولا ذبحه أو نحره فقال مالك لا يؤكل الا أن ينحر من ذلك ما ذكاته النحر ويذبح ما ذكاته الذبح أو يفعل به أحدهما ان كان مما يجوز فيه الامران جميعا وقال أبو حنيفة والشافعى اذا لم يقدر على ذكاة البعير الشارد فانه يقتل كالصيد وسبب اختلافهم معارضة الاصل فى ذلك للخبر وذلك أن الاصل فى هذا الباب هو أن الحيوان الانسى لا يؤكل الا بالذبح والنحر وأن الوحشى يؤكل بالعقر وأما الخبر المعارض لهذه الاصول فحديث رافع بن خديج وفيه قال فند منها بعير وكان فى القوم خيل يسيرة فطلبوه فأعياهم فأهوى اليه رجل بسهم فحبسه الله تعالى به فقال النبى عليه الصلاة والسلام ان لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش فما ند عليكم فاصنعوا به هكذا والقول بهذا الحديث أولى لصحته لانه لا ينبغى أن يكون هذا مستثنى من ذلك الاصل مع ان لقائل أن يقول انه جار مجرى الاصل فى هذا الباب وذلك ان العلة فى كون العقر ذكاة فى بعض الحيوان ليس شيأ أكثر من عدم القدرة عليه لا لأنه وحشى فقط فاذا وجد هذا المعنى من الانسى جاز أن تكون ذكاته ذكاة الوحشى فيتفق القياس والسماع

(الباب الثانى فيما يكون به الصيد)

والأصل فى هذا الباب آيتان وحديثان الآية الاولى قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا ليبلونكم الله بشئ من الصيد تناله أيديكم ورماحكم) والثانية قوله تعالى (قل أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين) الآية وأما الحديثان فأحدهما حديث عدى بن حاتم وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له اذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله عليها فكل مما أمسكن عليك وان أكل الكلب فلا تأكل فانى أخاف أن يكون انما أمسك على نفسه وان خالطها كلاب غيرها فلا تأكل فانما سميت على كلبك ولم تسم على غيره وسأله عن المعراض فقال اذا أصاب بعرضه فلا تأكل فانه وقيذ وهذا الحديث هو أصل فى أكثر ما فى هذا الكتاب والحديث الثانى حديث أبى ثعلبة الخشنى وفيه من قوله عليه الصلاة والسلام ما أصبت بقوسك فسم الله ثم كل وما صدت بكلبك المعلم فاذكر اسم الله ثم كل وما صدت بكلبك الذى ليس بمعلم وأدركت ذكاته فكل وهذان الحديثان اتفق أهل الصحيح على اخراجهما والآلات التى يصاد بها منها ما اتفقوا عليها بالجملة ومنها ما اختلفوا فيها وفى صفاتها وهى ثلاث حيوان جارح ومحدد ومثقل فأما المحدد فاتفقوا عليه كالرماح والسيوف والسهام للنص عليها فى الكتاب والسنة وكذلك ما جرى مجراها مما يعقر ماعدا الاشياء التى اختلفوا فى عملها فى ذكاة الحيوان الانسى وهى السن والظفر والعظم وقد تقدم اختلافهم فى ذلك فلا معنى لاعادته وأما المثقل فاختلفوا فى الصيد به مثل الصيد بالمعراض والحجر فمن العلماء من لم يجز من ذلك الا ما أدركت ذكاته ومنهم من أجازه على الاطلاق ومنهم من فرق بين ما قتله المعراض أو الحجر بثقله أو بحده اذا خرق جسد الصيد فأجازه اذا خرق ولم يجزه اذا لم يخرق وبهذا القول قال مشاهير فقهاء الأمصار الشافعى ومالك وأبو حنيفة وأحمد والثورى وغيرهم وهو راجع الى انه لا ذكاة الا بمحدد وسبب اختلافهم معارضة الأصول فى هذا الباب بعضها بعضا ومعارضة الأثر لها وذلك ان من الاصول فى هذا الباب ان الوقيذ محرم بالكتاب والاجماع ومن

أصوله ان العقر ذكاة الصيد فمن رأى ان ماقتل المعراض وقيذ منعه على الاطلاق ومن رآه عقرا مختصا بالصيد وأن الوقذ غير معتبر فيه أجازه على الاطلاق ومن فرق بين ما خرق من ذلك أو لم يخرق فصيرا الى حديث عدى بن حاتم المتقدم وهو الصواب وأما الحيوان الجارح فالاتفاق والاختلاف فيه منه متعلق بالنوع والشرط ومنه ما يتعلق بالشرط فأما النوع الذى اتفقوا عليه فهو الكلاب ماعدا الكلب الأسود فانه كرهه قوم منهم الحسن البصرى وابراهيم النخعي وقتادة وقال أحمد ما أعرف أحدا يرخص فيه اذا كان بهيما وبه قال اسحق وأما الجمهور فعلى اجازة صيده اذا كان معلما وسبب اختلافهم معارضة القياس للعموم وذلك ان عموم قوله تعالى (وما علمتم من الجوارح مكلبين) يقتضى تسوية جميع الكلاب فى ذلك وأمره عليه الصلاة والسلام بقتل الكلب الأسود البهيم يقتضى فى ذلك القياس أن لا يجوز اصطياده على رأى من رأى أن النهى يدل على فساد المنهى عنه وأما الذى اختلفوا فيه من أنواع الجوارح فيما عدا الكلب ومن جوارح الطيور وحيواناتها الساعية فمنهم من أجاز جميعها اذا علمت حتى السنور كما قال ابن شعبان وهو مذهب مالك وأصحابه وبه قال فقهاء الأمصار وهو مروى عن ابن عباس أعنى أن ما قبل التعليم من جميع الجوارح فهو آلة لذكاة الصيد وقال قوم لا اصطياد بجارح ماعدا الكلب لا بازولا صقر ولا غير ذلك الا ما أدركت ذكاته وهو قول مجاهد واستثنى بعضهم من الطيور الجارحة البازى فقط فقال يجوز صيده وحده وسبب اختلافهم فى هذا الباب شيآن أحدهما قياس سائر الجوارح على الكلاب وذلك أنه قد يظن أن النص انما ورد فى الكلاب أعنى قوله تعالى (وما علمتم من الجوارح مكلبين) الا أن يتأول أن لفظة مكلبين مشتقة من كلب الجارح لا من لفظ الكلب ويدل على هذا عموم اسم الجوارح الذى فى الآية فعلى هذا يكون سبب الاختلاف الاشتراك الذى فى لفظة مكلبين والسبب الثانى هل من شرط الامساك الامساك على صاحبه أم لا وان كان من شرطه فهل يوجد فى غير الكلب أو لا يوجد فمن قال لا يقاس سائر الجوارح على الكلاب وأن لفظة مكلبين هى مشتقة من اسم الكلب لا من اسم الكلب أو انه لا يوجد الامساك الا فى الكلب أعنى على صاحبه وأن ذلك شرط

قال لا يصاد بجارح سوى الكلب ومن قاس على الكلب سائر الجوارح ولم يشترط
في الامساك الامساك على صاحبه قال يجوز صيد سائر الجوارح اذا قبلت التعليم
وأما من استثنى من ذلك البازي فقط فصير الى ماروى عن عدى بن حاتم أنه قال
سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد البازي فقال ما أمسك عليك فكل
خرّجه الترمذي فهذه هي أسباب اتفاقهم واختلافهم في أنواع الجوارح وأما الشروط
المشترطة في الجوارح فان منها ما اتفقوا عليه وهو التعليم بالجملة لقوله تعالى (وما علمتم
من الجوارح مكلبين) وقوله عليه الصلاة والسلام اذا أرسلت كلبك المعلم
واختلفوا في صفة التعليم وشروطه فقال قوم التعليم ثلاثة أصناف أحدها أن تدعو
الجارح فيجيب والثاني أن تشليه فينشلي والثالث أن تزجره فيزدجر ولا خلاف
بينهم في اشتراط هذه الثلاثة في الكلب وانما اختلفوا في اشتراط الانزجار في سائر
الجوارح واختلفوا أيضا في هل من شرطه أن لا يأكل الجارح فمنهم من اشترطه
على الاطلاق ومنهم من اشترطه في الكلب فقط وقول مالك ان هذه الشروط الثلاثة
شرط في الكلاب وغيرها وقال ابن حبيب من أصحابه ليس يشترط الانزجار فيما
ليس يقبل ذلك من الجوارح مثل البزاة والصقور وهو مذهب مالك أعني انه ليس
من شرط الجارح لا كلب ولا غيره أن لا يأكل واشترطه بعضهم في الكلب ولم يشترطه
فيما عداه من جوارح الطيور ومنهم من اشترطه كما قلنا في الكل والجمهور على
جواز أكل صيد البازي والصقر وان أكل لأن تضريته انما تكون بالأكل.
فالخلاف في هذا الباب راجع الى موضعين أحدهما هل من شرط التعليم أن
ينزجر اذا زجر والثاني هل من شرطه ألا يأكل وسبب الخلاف في اشتراط الأكل
أو عدمه شيئان أحدهما اختلاف الآثار في ذلك والثاني هل اذا أكل فهو ممسك
أم لا فأما الآثار فمنها حديث عدى بن حاتم المتقدم وفيه فان أكل فلا تأكل فاني
أخاف أن يكون انما أمسك على نفسه والحديث المعارض لهذا حديث أبي ثعلبة
الخشني قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله
فكل قلت وان أكل منه يارسول الله قال وان أكل فمن جمع بين الحديثين بان حمل
حديث عدى بن حاتم على الندب وهذا على الجواز قال ليس من شرطه ألا يأكل
ومن رجح حديث عدى بن حاتم اذ هو حديث متفق عليه وحديث أبي ثعلبة

مختلف فيه ولذلك لم يخرجه الشيخان البخارى ومسلم وقال من شرط الامساك أن لا يأكل بدليل الحديث المذكور قال ان أكل الصيد لم يؤكل وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد واسحق والثورى وهو قول ابن عباس ورخص فى أكل ما أكل الكلب كما قلنا مالك وسعيد بن مالك وابن عمر وسلمان وقالت المالكية المتأخرة انه ليس الأكل بدليل على أنه لم يمسك لسيده ولا الامساك لسيده بشرط فى الذكاة لأن نية الكلب غير معلومة وقد يمسك لسيده ثم يبدوله فيمسك لنفسه وهذا الذى قالوه خلاف النص فى الحديث وخلاف ظاهر الكتاب وهو قوله تعالى (فكلوا مما أمسكن عليكم) وللامساك على سيد الكلب طريق تعرف به وهو العادة ولذلك قال عليه الصلاة والسلام فان أكل فلا تأكل فانى أخاف أن يكون انما أمسك على نفسه وأما اختلافهم فى الازدجار فليس له سبب الا اختلافهم فى قياس سائر الجوارح فى ذلك على الكلب لأن الكلب الذى لا يزدجر لا يسمى معلما باتفاق فأما سائر الجوارح اذا لم تنزجر هل تسمى معلمة أم لا ففيه التردد وهو سبب الخلاف

(الباب الثالث فى معرفة الذكاة المختصة بالصيد وشروطها)

واتفقوا على أن الذكاة المختصة بالصيد هى العقر واختلفوا فى شروطها اختلافا كثيرا واذا اعتبرت أصولها التى هى أسباب الاختلاف سوى الشروط المشترطة فى الآلة وفى الصائد وجدتها ثمانية شروط اثنان يشتركان فى الذكاتين أعنى ذكاة المصيد وغير المصيد وهى النية والتسمية وستة تختص بهذه الذكاة أحدها انها ان لم تكن الآلة أو الجارح الذى أصاب الصيد قد أنفذ مقاتله فانه يجب أن يذكى بذكاة الحيوان الانسى اذا قدر عليه قبل أن يموت مما أصابه من الجارح أو من الضرب وأما ان كان قد أنفذ مقاتله فليس يجب ذلك وان كان قد يستحب والثانى أن يكون الفعل الذى اصيب به الصيد مبدؤه من الصائد لا من غيره أعنى لا من الآلة كالحال فى الحبالة ولا من الجارح كالحال فيما يصيب الكلب الذى ينشلى من ذاته والثالث أن لا يشاركه فى العقر من ليس عقره ذكاة والرابع أن لا يشك فى عين الصيد الذى أصابه وذلك عند غيبته عن عينه والخامس أن لا يكون الصيد مقدورا عليه فى وقت الارسال عليه والسادس أن لا يكون موته من رعب من الجارح أو بصدمة منه

فهذه هى أصول الشروط التى من قبل اشتراطها أولا اشتراطها عرض الخلاف بين الفقهاء وربما اتفقوا على وجوب بعض هذه الشروط ويختلفون فى وجودها فى نازلة نازلة كاتفاق المالكية على ان من شرط الفعل أن يكون مبدؤه من الصائد واختلافهم اذا أفلت الجارح من يده أو خرج بنفسه ثم أغراه هل يجوز ذلك الصيد أم لا لتردد هذه الحال بين أن يوجد لها هذا الشرط أولا يوجد كاتفاق أبى حنيفة ومالك على أن من شرطه اذا أدرك غير منفوذ المقاتل أن يذكى اذا قدر عليه قبل أن يموت واختلافهم بين أن يتخلصه حيا فيموت فى يده قبل أن يتمكن من ذكاته فان أبا حنيفة منع هذا وأجازه مالك ورآه مثل الأول أعنى اذا لم يقدر على تخليصه من الجارح حتى مات لتردد هذه الحال بين أن يقال أدركه غير منفوذ المقاتل وفى غير يد الجارح فاشبه المفرط أولم يشبهه فلم يقع منه تفريط واذ كانت هذه الشروط هى أصول الشروط المشترطة فى الصيد مع سائر الشروط المذكورة فى الآلة والصائد نفسه على ماسيأتى يجب أن يذكر منها ما اتفقوا منه عليه وما اختلفوا فيه وأسباب الخلاف فى ذلك وما يتفرع عنها من مشهور مسائلهم فنقول اما التسمية والنية فقد تقدم الخلاف فيهما وسببه فى كتاب الذبائح ومن قبل اشتراط النية فى الذكاة لم يجز عند من اشترطها اذا أرسل الجارح على صيد وأخذ آخر ذكاة ذلك الصيد الذى لم يرسل عليه وبه قال مالك وقال الشافعى وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور ذلك جائز ويؤكل ومن قبل هذا أيضا اختلف أصحاب مالك فى الارسال على صيد غير مرئى كالذى يرسل على ما فى غيضة أومن وراء أكمة ولا يدرى هل هنالك شئ أم لا لأن القصد فى هذا يشوبه شئ من الجهل وأما الشرط الأول الخاص بذكاة الصيد من الشروط الستة التى ذكرناها وهو ان عقر الجارح له اذا لم ينفذ مقاتله انما يكون ذكاة اذا لم يدركه المرسل حيا فباشتراطه قال جمهور العلماء لما جاء فى حديث عدى ابن حاتم فى بعض رواياته أنه قال عليه الصلاة والسلام ان أدركته حيا فاذبحه وكان النخعى يقول اذا أدركته حيا ولم يكن معك حديدة فأرسل عليه الكلاب حتى تقتله وبه قال الحسن البصرى مصيرا لعموم قوله تعالى (فكلوا مما أمسكن عليكم) ومن قبل هذا الشروط قال مالك لا يتوانى المرسل فى طلب الصيد فان توانى فأدركه ميتا فان كان منفوذ المقاتل بسهم

حل أكله والا لم يحل من أجل انه لو لم يتوان لكان يمكن أن يدركه حيا غير منفوذ المقاتل وأما الشرط الثانى وهو أن يكون الفعل مبدؤه من القانص ويكون متصلا حتى يصيب الصيد فمن قبل اختلافهم فيه اختلفوا فيما تصيبه الحبالة والشبكة اذا أنفذت المقاتل بمحدد فيها فمنع ذلك مالك والشافعى والجمهور ورخص فيه الحسن البصرى ومن هذا الأصل لم يجز مالك الصيد الذى أرسل عليه الجارح فتشاغل بشئ آخر ثم عاد اليه من قبل نفسه وأما الشرط الثالث وهو أن لا يشاركه فى العقر من ليس عقره ذكاة له فهو شرط مجمع عليه فيما أذكر لأنه لا يدرى من قتله وأما الشرط الرابع وهو أن لا يشك فى عين الصيد ولا فى قتل جارحه له فمن قبل ذلك اختلفوا فى أكل الصيد اذا غاب مصرعه فقال مالك مرة لا بأس بأكل الصيد اذ غاب عنك مصرعه اذا وجدت به أثرا من كلبك أو كان به سهمك مالم يبت فاذا بات فانى أكرهه وبالكراهية قال الثورى وقال عبد الوهاب اذا بات الصيد من الجارح لم يؤكل وفى السهم خلاف وقال ابن الماجشون يؤكل فيهما جميعا اذا وجد منفوذ المقاتل وقال مالك فى المدونة لا يؤكل فيهما جميعا اذا بات وان وجد منفوذ المقاتل وقال الشافعى القياس أن لا تأكله اذا غاب عنك مصرعه وقال أبو حنيفة اذا توارى الصيد والكلب فى طلبه فوجده المرسل مقتولا جاز أكله مالم يترك الكلب الطلب فان تركه كرهنا أكله وسبب اختلافهم شيئان اثنان الشك العارض فى عين الصيد أو فى ذكاته والسبب الثانى اختلاف الآثار فى هذا الباب فروى مسلم والنسائى والترمذى وأبو داود عن أبى ثعلبة عن النبى عليه الصلاة والسلام فى الذى يدرك صيده بعد ثلاث فقال كل مالم ينتن وروى مسلم عن أبى ثعلبة أيضا عن النبى عليه الصلاة والسلام قال قال اذا رميت سهمك فغاب عنك مصرعه فكل مالم يبت وفى حديث عدى بن حاتم أنه قال عليه الصلاة والسلام اذا وجدت سهمك فيه ولم تجد فيه أثر سبع وعلمت أن سهمك قتله فكل ومن هذا الباب اختلافهم فى الصيد يصاب بالسهم أو يصيبه الجارح فيسقط فى ماء أو يتردى من مكان عال فقال مالك لا يؤكل لأنه لا يدرى من أى الأمرين مات الا أن يكون السهم قد أنفذ مقاتله ولا يشك ان منه مات وبه قال الجمهور وقال أبو حنيفة لا يؤكل ان وقع فى ماء منفوذ المقاتل ويؤكل ان تردى وقال

عطاء لا يؤكل أصلا اذا أصيبت المقاتل وقع فى ماء أو تردى من موضع عال لامكان
أن يكون زهوق نفسه من قبل التردى أو من الماء قبل زهوقها من قبل انفاذ المقاتل
وأما موته من صدم الجارح له فان ابن القاسم منعه قياسا على المثقل وأجازه أشهب
لعموم قوله تعالى (فكلوا مما أمسكن عليكم) ولم يختلف المذهب أن ما مات من
خوف الجارح انه غير ذكى وأما كونه فى حين الارسال غير مقدور عليه فانه شرط
فيما علمت متفق عليه وذلك يوجد اذا كان الصيد مقدورا على أخذه باليد دون خوف
أو غرر امامن قبل انه قد نشب فى شئ أو تعلق بشئ أو رماه أحد فكسر جناحه أو
ساقه وفى هذا الباب فروع كثيرة من قبل تردد بعض الأحوال بين أن يوصف فيها
الصيد بأنه مقدور عليه أو غير مقدور عليه مثل ان تضطره الكلاب فيقع فى حفرة
فقيل فى المذهب يؤكل وقيل لا يؤكل واختلفوا فى صفة العقر اذا ضرب الصيد فأبين
منه عضو فقال قوم يؤكل الصيد دون ما بان منه وقال قوم يؤكلان جميعا وفرق قوم
بين أن يكون ذلك العضو مقتلا أو غير مقتل فقالوا ان كان مقتلا أكلا جميعا وان كان
غير مقتل أكل الصيد ولم يؤكل العضو وهو معنى قول مالك والى هذا يرجع خلافهم
فى أن يكون القطع بنصفين أو يكون أحدهما أكبر من الثانى وسبب اختلافهم
معارضة قوله عليه الصلاة والسلام ماقطع من البهيمة وهى حية فهو ميتة
لعموم قوله تعالى (فكلوا مما أمسكن عليكم) ولعموم قوله تعالى (تناله أيديكم
ورماحكم) فمن غلب حكم الصيد وهو العقر مطلقا قال يؤكل الصيد والعضو المقطوع
من الصيد وحمل الحديث على الانسى ومن حمله على الوحشى والانسى معا
واستثنى من ذلك العموم بالحديث العضو المقطوع فقال يؤكل الصيد دون العضو
البائن ومن اعتبر فى ذلك الحياة المستقرة أعنى فى قوله وهى حية فرق بين أن يكون
العضو مقتلا أو غير مقتل

(الباب الرابع فى شروط القانص)

وشروط القانص هى شروط الذابح نفسه وقد تقدم ذلك فى كتاب الذبائح المتفق عليها
والمختلف فيها ويخص الاصطياد فى البر شرط زائد وهو أن لا يكون محرما ولا خلاف
فى ذلك لقوله تعالى (وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما) فان اصطاد محرم فهل

يحل ذلك الصيد للحلال أم هو ميتة لا يحل لأحد أصلا اختلف فيه الفقهاء فذهب مالك الى انه ميتة وذهب الشافعي وأبو حنيفة وأبو ثور الى انه يجوز لغير المحرم أكله وسبب اختلافهم هو الأصل المشهور وهو هل النهي يعود بفساد المنهي أم لا وذلك بمنزلة ذبح السارق والغاصب واختلفوا من هذا الباب في كلب المجوسي المعلم فقال مالك الاصطياد به جائز فان المعتبر الصائد لا الآلة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وغيرهم وكرهه جابر بن عبد الله والحسن وعطاء ومجاهد والثوري لأن الخطاب في قوله تعالى (وما علمتم من الجوارح مكلبين) متوجه نحو المؤمنين وهذا كاف بحسب المقصود من هذا الكتاب والله الموفق للصواب

(كتاب العقيقة)

والقول المحيط باصول هذا الكتاب ينحصر في ستة أبواب الاول في معرفة حكمها الثاني في معرفة محلها الثالث في معرفة من يعق عنه وكم يعق الرابع في معرفة وقت هذا النسك الخامس سن هذا النسك وصفته السادس حكم لحمها وسائر أجزائها * فاما حكمها فذهبت طائفة منهم الظاهرية الى انها واجبة وذهب الجمهور الى انها سنة وذهب أبو حنيفة الى انها ليست فرضا ولا سنة وقد قيل ان تحصيل مذهبه انها عنده تطوع وسبب اختلافهم تعارض مفهوم الآثار في هذا الباب وذلك ان ظاهر حديث سمرة وهو قول النبي عليه الصلاة والسلام كل غلام مرتهن بعقيقته يذبح عنه يوم سابعه ويماط عنه الاذى يقتضي الوجوب وظاهر قوله عليه الصلاة والسلام وقد سئل عن العقيقة فقال لا أحب العقوق ومن ولد له ولد فاحب أن ينسك عن ولده فليفعل يقتضي الندب أو الاباحة فمن فهم منه الندب قال العقيقة سنة ومن فهم الاباحة قال ليست بسنة ولا فرض وخرج الحديثين أبو داود ومن أخذ بحديث سمرة أوجبها * وأما محلها فان جمهور العلماء على انه لا يجوز في العقيقة الا ما يجوز في الضحايا من الازواج الثمانية وأما مالك فاختار فيها الضأن على مذهبه في الضحايا واختلف قوله هل يجزى فيها الابل والبقر أو لا يجزى وسائر الفقهاء على أصلهم أن الابل أفضل من البقر والبقر أفضل من الغنم وسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب والقياس أما الاثر فحديث ابن عباس أن رسول الله

صلى الله عليه وسلم عق عن الحسن والحسين كبشا كبشا وقوله عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان خرجهما أبو داود وأما القياس فلانها نسك فوجب أن يكون الاعظم فيها أفضل قياسا على الهدايا * وأما من يعق عنه فان جمهورهم على انه يعق عن الذكر والانثى الصغيرين فقط وشذ الحسن فقال لا يعق عن الجارية وأجاز بعضهم أن يعق عن الكبير ودليل الجمهور على تعلقها بالصغير قوله عليه الصلاة والسلام يوم سابعه ودليل من خالف ماروى عن أنس ان النبي عليه الصلاة والسلام عق عن نفسه بعدما بعث بالنبوة ودليلهم أيضا على تعلقها بالانثى قوله عليه الصلاة والسلام عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان ودليل من اقتصر بها على الذكر قوله عليه الصلاة والسلام كل غلام مرتهن بعقيقته * وأما العدد فان الفقهاء اختلفوا أيضا في ذلك فقال مالك يعق عن الذكر والانثى بشاة شاة وقال الشافعي وأبو ثور وداود وأحمد يعق عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان وسبب اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب فنها حديث أم كرز الكعبية خرجه أبو داود قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول في العقيقة عن الغلام شاتان مكافأتان وعن الجارية شاة والمكافأتان المتماثلتان وهذا يقتضي الفرق في ذلك بين الذكر والانثى وماروى انه عق عن الحسن والحسين كبشا كبشا يقتضي الاستواء بينهما * وأما وقت هذا النسك فان جمهور العلماء على انه يوم سابع المولود ومالك لا يعد في الاسبوع اليوم الذي ولد فيه ان ولد نهارا وعبد الملك بن الماجشون يحتسب به وقال ابن القاسم في العتبية ان عق ليلا لم يجزه واختلف أصحاب مالك في مبدأ وقت الاجزاء فقيل وقت الضحايا أعني ضحى وقيل بعد الفجر قياسا على قول مالك في الهدايا ولاشك ان من أجاز الضحايا ليلا أجاز هذه ليلا وقد قيل يجوز في السابع الثاني والثالث وأما سن هذا النسك وصفته فسن الضحايا وصفتها الجائزة أعني انه يتقي فيها من العيوب ما يتقي في الضحايا ولا أعلم في هذا خلافا في المذهب ولا خارجا منه وأما حكم لحمها وجلدها وسائر أجزائها فحكم لحم الضحايا في الاكل والصدقة ومنع البيع وجميع العلماء على انه كان يدمي رأس الطفل في الجاهلية بدمها وانه نسخ في الاسلام وذلك لحديث بريدة الاسلمي قال كنا في الجاهلية اذا ولد

لاحد ناغلام ذبح له شاة ولطخ رأسه بدمها فلما جاء الاسلام كنا نذبح ونحلق رأسه ونلطخه بزعفران وشذ الحسن وقتادة فقالا يمس رأس الصبي بقطنة قد غمست في الدم واستحب كسر عظامها لما كانوا في الجاهلية يقطعونها من المفاصل واختلف في حلاق رأس المولود يوم السابع والصدقة بوزن شعره فضة فقيل هو مستحب وقيل هو غير مستحب والقولان عن مالك والاستحباب أجود وهو قول ابن حبيب لما رواه مالك في الموطأ أن فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم حلقت شعر الحسن والحسين وزينب وأم كلثوم وتصدقت بزنة ذلك فضة

(كتاب الاطعمة والاشربة)

والكلام في أصول هذا الكتاب يتعلق بجملتين الجملة الاولى نذكر فيها المحرمات في حال الاختيار الجملة الثانية نذكر فيها أحوالها في حال الاضطرار (الجملة الاولى) والاغذية الانسانية نبات وحيوان فاما الحيوان الذي يغتذى به فمنه حلال في الشرع ومنه حرام وهذا منه بري ومنه بحري والمحرمة منها ما تكون محرمة لعينها ومنها ما تكون لسبب وارد عليها وكل هذه منها ما اتفقوا عليه ومنها ما اختلفوا فيه فاما المحرمة لسبب وارد عليها فهي بالجملة تسعة الميتة والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع وكل ما نقصه شرط من شروط التذكية من الحيوان الذي التذكية شرط في أكله والجلالة والطعام الحلال يخالطه نجس فأما الميتة فاتفق العلماء على تحريم ميتة البر واختلفوا في ميتة البحر على ثلاثة أقوال فقال قوم هي حلال باطلاق وقال قوم هي حرام باطلاق وقال قوم ما طفا من السمك حرام وما جزر عنه البحر فهو حلال وسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب ومعارضة عموم الكتاب لبعضها معارضة كلية وموافقته لبعضها موافقة جزئية ومعارضة بعضها البعض معارضة جزئية فأما العموم فهو قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) وأما الآثار المعارضة لهذا العموم معارضة كلية فحديثان الواحد متفق عليه والآخر مختلف فيه أما المتفق عليه فحديث جابر وفيه ان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وجدوا حوتا يسمى العنبر أودابة قد جزر عنه البحر فأكلوا منه بضعة وعشرين يوما أوشهرا ثم قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبروه

فقال هل معكم من لحمه شئ فأرسلوا منه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكله وهذا انما يعارض الكتاب معارضة كلية بمفهومه لا بلفظه وأما الحديث الثانى المختلف فيه فما رواه مالك عن أبى هريرة أنه سئل عن ماء البحر فقال هو الطهور ماؤه الحل ميتته وأما الحديث الموافق للعموم موافقة جزئية فما روى اسماعيل بن أمية عن أبى الزبير عن جابر عن النبى عليه الصلاة والسلام قال ما ألقى البحر أو جزر عنه فكلوه وما طفا فلا تأكلوه وهو حديث أضعف عندهم من حديث مالك وسبب ضعف حديث مالك أن فى رواته من لا يعرف وانه ورد من طريق واحد قال أبو عمر بن عبد البر بل رواته معروفون وقد ورد من طرق وسبب ضعف حديث جابر ان الثقات أوقفوه على جابر فمن رجح حديث جابر هذا على حديث أبى هريرة لشهادة عموم الكتاب له لم يستثن من ذلك الا ما جزر عنه البحر اذ لم يرد فى ذلك تعارض ومن رجح حديث أبى هريرة قال بالاباحة مطلقا وأما من قال بالمنع مطلقا فصيرا الى ترجيح عموم الكتاب و بالاباحة مطلقا قال مالك والشافعى و بالمنع مطلقا قال أبو حنيفة وقال قوم غير هؤلاء بالفرق وأما الخمسة التى ذكر الله مع الميتة فلا خلاف ان حكمها عندهم حكم الميتة وأما الجلالة وهى التى تأكل النجاسة فاختلفوا فى أكلها وسبب اختلافهم معارضة القياس للاثر أما الاثر فما روى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن لحوم الجلالة وألبانها خرجه أبو داود عن ابن عمر وأما القياس المعارض لهذا فهو ان ما يرد جوف الحيوان ينقلب الى لحم ذلك الحيوان وسائر أجزائه فاذا قلنا ان لحم ذلك الحيوان حلال وجب أن يكون لما ينقلب من ذلك حكم ما ينقلب اليه وهو اللحم كما لو انقلب ترابا أو كانقلاب الدم لحما والشافعى يحرم الجلالة ومالك يكرهها *وأما النجاسة تخالط الحلال فالاصل فيه الحديث المشهور من حديث أبى هريرة وميمونة أنه سئل عليه الصلاة والسلام عن الفارة تقع فى السمن فقال ان كان جامدا فاطرحوها وما حولها وكلوا الباقى وان كان ذائبا فأريقوه أولا تقربوه وللعلماء فى النجاسة تخالط المطعومات الحلال مذهبان أحدهما من يعتبر فى التحريم المخالطة فقط وان لم يتغير للطعام لون ولا رائحة ولا طعم من قبل النجاسة التى خالطته وهو المشهور والذى عليه الجمهور والثانى مذهب من يعتبر فى

ذلك التغير وهو قول أهل الظاهر ورواية عن مالك وسبب اختلافهم في مفهوم الحديث وذلك أن منهم من جعله من باب الخاص أريد به الخاص وهم أهل الظاهر فقالوا هذا الحديث يمر على ظاهره وسائر الاشياء يعتبر فيها تغيرها بالنجاسة أولا تغيرها بها ومنهم من جعله من باب الخاص أريد به العام وهم الجمهور فقالوا المفهوم منه ان بنفس مخالطة النجس ينجس الحلال الا انه لم يتعلل لهم الفرق بين أن يكون جامدا أو ذائبا الوجود المخالطة في هاتين الحالتين وان كانت في احدى الحالتين أكثر أعني في حالة الذوبان ويجب على هذا أن يفرق بين المخالطة القليلة والكثيرة فلما لم يفرقوا بينهما فكأنهم اقتصروا من بعض الحديث على ظاهره ومن بعضه على القياس عليه ولذلك أقرته الظاهرية كله على ظاهره * وأما المحرمات لعينها فمنها ما اتفقوا أيضا عليه ومنها ما اختلفوا فيه فأما المتفق منها عليه فاتفق المسلمون منها على اثنتين لحم الخنزير والدم فأما الخنزير فاتفقوا على تحريم شحمه ولحمه وجلده واختلفوا في الانتفاع بشعره وفي طهارة جلده مدبوغا وغير مدبوغ وقد تقدم ذلك في كتاب الطهارة وأما الدم فاتفقوا على تحريم المسفوح منه من الحيوان المذكى واختلفوا في غير المسفوح منه وكذلك اختلفوا في دم الحوت فمنهم من رآه نجسا ومنهم من لم يره نجسا والاختلاف في هذا كله موجود في مذهب مالك وخارجا عنه وسبب اختلافهم في غير المسفوح معارضة الاطلاق للتقييد وذلك ان قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة والدم) يقتضي تحريم مسفوح الدم وغيره وقوله تعالى (أو دما مسفوحا) يقتضي بحسب دليل الخطاب تحريم المسفوح فقط فمن رد المطلق الى المقيد اشترط في التحريم السفح ومن رأى ان الاطلاق يقتضي حكما زائدا على التقييد وان معارضة المقيد للمطلق انما هو من باب دليل الخطاب والمطلق عام والعام أقوى من دليل الخطاب قضى بالمطلق على المقيد وقال يحرم قليل الدم وكثيره والسفح المشترط في حرمية الدم انما هو دم الحيوان المذكى أعني انه الذي يسيل عند التذكية من الحيوان الحلال الاكل وأما كل دم يسيل من الحيوان الحي فقليله وكثيره حرام وكذلك الدم من الحيوان المحرم الاكل وان ذكي فقليله وكثيره حرام ولا خلاف في هذا وأما سبب اختلافهم في دم الحوت فمعارضة العموم للقياس أما العموم

فقوله تعالى والدم وأما القياس فإنما يمكن أن يتوهم من كون الدم تابعا فى التحريم لميتة الحيوان أعنى ان ما حرم ميتته حرم دمه وما حل ميتته حل دمه ولذلك رأى مالك ان ما لا دم له فليس بميتة قال القاضى وقد تكلمنا فى هذه المسئلة فى كتاب الطهارة ويذكر الفقهاء حديثا فى هذا مخصصا لعموم الدم وهو قوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان وهذا الحديث فى غالب ظنى ليس هو فى الكتب المشهورة من كتب الحديث وأما المحرمات لعينها المختلف فيها فأربعة أحدها لحوم السباع من الطير ومن ذوات الاربع والثانى ذوات الحافر الانسية والثالث لحوم الحيوان المأمور بقتله فى الحرم والرابع لحوم الحيوانات التى تعافها النفوس وتستخبثها بالطبع وحكى أبو حامد عن الشافعى أنه يحرم لحم الحيوان المنهى عن أكله قال كالخطاف والنحل فيكون هذا جنسا خامسا من المختلف فيه

﴿فأما المسئلة الاولى﴾ وهى السباع قوات الاربع فروى ابن القاسم عن مالك انها مكروهة وعلى هذا القول عول جمهور أصحابه وهو المنصور عندهم وذكر مالك فى الموطأ ما دليله انها عنده محرمة وذلك أنه قال بعقب حديث أبى هريرة عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال أكل كل ذى ناب من السباع حرام وعلى ذلك الامر عندنا والى تحريمها ذهب الشافعى وأشهب وأصحاب مالك وأبو حنيفة الا أنهم اختلفوا فى جنس السباع المحرمة فقال أبو حنيفة كل ما أكل اللحم فهو سبع حتى الفيل والضبع واليربوع عنده من السباع وكذلك السنور وقال الشافعى يؤكل الضبع والثعلب وانما السباع المحرمة التى تعدو على الناس كالاسد والنمر والذئب وكلا القولين فى المذهب وجمهورهم على ان القرد لا يؤكل ولا ينتفع به وعند الشافعى أيضا ان الكلب حرام لا ينتفع به لانه فهم من النهى عن سؤره نجاسة عينه وسبب اختلافهم فى تحريم لحوم السباع من ذوات الاربع معارضة الكتاب للآثار وذلك ان ظاهر قوله (قل لا أجد فيما أوحى الى محرّما على طاعم يطعمه) الآية أن ما عدا المذكور فى هذه الآية حلال وظاهر حديث أبى ثعلبة الخشنى أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذى ناب من السباع ان السباع محرمة هكذا رواه البخارى ومسلم وأما مالك فما رواه فى هذا المعنى من طريق أبى هريرة هو أبين

فى المعارضة وهو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أكل كل ذى ناب من السباع حرام وذلك ان الحديث الاول قد يمكن الجمع بينه و بين الآية بان يحمل النهى المذكور فيه على الكراهية وأما حديث أبى هريرة فليس يمكن الجمع بينه و بين الآية الا ان يعتقد انه ناسخ للآية عند من رأى ان الزيادة نسخ وان القرآن ينسخ بالسنة المتواترة فمن جمع بين حديث أبى ثعلبة و الآية حمل حديث لحوم السباع على الكراهية ومن رأى ان حديث أبى هريرة يتضمن زيادة على مافى الآية حرم لحوم السباع ومن اعتقد ان الضبع والثعلب محرمان فاستدلالا بعموم لفظ السباع ومن خصص من ذلك العادية فصيرا لما روى عبد الرحمن بن عمار قال سألت جابر بن عبد الله عن الضبع أكلها قال نعم قلت أصيد هى قال نعم قلت فأنت سمعت ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم وهذا الحديث وان كان انفرد به عبد الرحمن فهو ثقة عند جماعة أئمة الحديث ولما ثبت من اقراره عليه الصلاة والسلام على أكل الضب بين يديه وأما سباع الطير فالجمهور على انها حلال لمكان الآية المتكررة وحرمها قوم لما جاء فى حديث ابن عباس أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذى ناب من السباع وكل مخلب من الطير الا أن هذا الحديث لم يخرجه الشيخان وانما ذكره أبو داود

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ وهى اختلافهم فى ذوات الحافر الانسى أعنى الخيل والبغال والحمير فان جمهور العلماء على تحريم لحوم الحمر الانسية الا ماروى عن ابن عباس وعائشة أنهما كانا يبيحانها وعن مالك انه كان يكرهها ورواية ثانية مثل قول الجمهور وكذلك الجمهور على تحريم البغال وقوم كرهوها ولم يحرموها وهو مروى عن مالك وأما الخيل فذهب مالك وأبو حنيفة وجماعة الى أنها محرمة وذهب الشافعى وأبو يوسف ومحمد وجماعة الى اباحتها والسبب فى اختلافهم فى الحمر الانسية معارضة الآية المذكورة للاحاديث الثابتة فى ذلك من حديث جابر وغيره قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وأذن فى لحوم الخيل فمن جمع بين الآية وهذا الحديث حملها على الكراهية ومن رأى النسخ قال بتحريم الحمر أو قال بالزيادة دون أن يوجب عنده نسخا وقد احتج من لم يحرمها بما روى عن أبى اسحق

الشيبانى عن ابن أبى أوفى قال أصبنا حمرا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر وطبخناها فنادى منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن اكفؤا القدور بما فيها قال ابن اسحق فذكرت ذلك لسعيد بن جبير فقال انما نهى عنها لأنها كانت تأكل الجلة وأما اختلافهم فى البغال فسببه معارضة دليل الخطاب فى قوله تعالى (والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة) وقوله مع ذلك فى الأنعام لتركبوا منها ومنها تأكلون للآية الحاصرة للمحرمات لأنه يدل مفهوم الخطاب فيها ان المباح فى البغال انما هو الركوب مع قياس البغل أيضا على الحمار وأما سبب اختلافهم فى الخيل فمعارضة دليل الخطاب فى هذه الآية لحديث جابر ومعارضة قياس الفرس على البغل والحمار له لكن اباحة لحم الخيل نص فى حديث جابر فلا ينبغى أن يعارض بقياس ولا بدليل خطاب ﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ وهى اختلافهم فى الحيوان المأمور بقتله فى الحرم وهى الخمس المنصوص عليها الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور فان قوما فهموا من الأمر بالقتل لها مع النهى عن قتل البهائم المباحة الأكل أن العلة فى ذلك هو كونها محرمة وهو مذهب الشافعى وقوما فهموا من ذلك معنى التعدى لا معنى التحريم وهو مذهب مالك وأبى حنيفة وجمهور أصحابهما وأما الجنس الرابع وهو الذى تستخبثه النفوس كالحشرات والضفادع والسرطانات والسلحفات وما فى معناها فان الشافعى حرمها وأباحها الغير ومنهم من كرهها فقط وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم ما ينطلق عليه اسم الخبائث فى قوله تعالى (ويحرم عليهم الخبائث) فمن رأى انها المحرمات بنص الشرع لم يحرم من ذلك ما تستخبثه النفوس مما لم يرد فيه نص ومن رأى ان الخبائث هى ما تستخبثه النفوس قال هى محرمة وأما ما حكاه أبو حامد عن الشافعى فى تحريمه الحيوان المنهى عن قتله كالخطاف زعم والنحل فانى لست أدرى أين وقعت الآثار الواردة فى ذلك ولعلها فى غير الكتب المشهورة عندنا وأما الحيوان البحرى فان العلماء أجمعوا على تحليل ما لم يكن منه موافقا بالاسم لحيوان فى البر محرم فقال مالك لا بأس بأكل جميع حيوان البحر الا أنه كره خنزير الماء وقال أنتم تسمونه خنزيرا وبه قال ابن أبى ليلى والأوزاعى ومجاهد وجمهور العلماء الا أن منهم من يشترط فى غير السمك التذكية وقد تقدم ذلك وقال الليث بن سعد أما انسان

الماء وخنزير الماء فلا يؤكلان على شئ من الحالات . وسبب اختلافهم هو هل يتناول لغة أو شرعا اسم الخنزير والانسان خنزير الماء وانسانه وعلى هذا يجب أن يتطرق الكلام الى كل حيوان فى البحر مشارك بالاسم فى اللغة أو فى العرف لحيوان محرم فى البر مثل الكلب عند من يرى تحريمه والنظر فى هذه المسئلة يرجع الى أمرين أحدهما هل هذه الأسماء لغوية والثانى هل للاسم المشترك عموم أم ليس له فان انسان الماء وخنزيره يقالان مع خنزير البر وانسانه باشتراك الاسم فمن سلم أن هذه الأسماء لغوية ورأى أن للاسم المشترك عموما لزمه أن يقول بتحريمها ولذلك توقف مالك فى ذلك وقال أنتم تسمونه خنزيرا فهذه حال الحيوان المحرم الأكل فى الشرع والحيوان المباح الأكل * وأما النبات الذى هو غذاء فكله حلال الا الخمر وسائر الانبذة المتخذة من العصارات التى تتخمر ومن العسل نفسه أما الخمر فانهم اتفقوا على تحريم قليلها وكثيرها أعنى التى هى من عصير العنب وأما الأنبذة فانهم اختلفوا فى القليل منها الذى لا يسكر وأجمعوا على أن المسكر منها حرام فقال جمهور فقهاء الحجاز وجمهور المحدثين قليل الأنبذة وكثيرها المسكرة حرام وقال العراقيون ابراهيم النخعى من التابعين وسفيان الثورى وابن أبى ليلى وشريك وابن شبرمة وأبو حنيفة وسائر فقهاء الكوفيين وأكثر علماء البصريين أن المحرم من سائر الأنبذة المسكرة هو السكر نفسه لا العين وسبب اختلافهم تعارض الآثار والأقيسة فى هذا الباب فللحجازيين فى تثبيت مذهبهم طريقتان الطريقة الأولى الآثار الواردة فى ذلك والطريقة الثانية تسمية الأنبذة بأجمعها خمرا فمن أشهر الآثار التى تمسك بها أهل الحجاز ما رواه مالك عن ابن شهاب عن أبى سلمة ابن عبد الرحمن عن عائشة أنها قالت سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البتع وعن نبيذ العسل فقال كل شراب أسكر فهو حرام خرجه البخارى وقال يحيى بن معين هذا أصح حديث روى عن النبى عليه الصلاة والسلام فى تحريم المسكر ومنها أيضا ما خرجه مسلم عن ابن عمر أن النبى عليه الصلاة والسلام قال كل مسكر خمر وكل خمر حرام فهذان حديثان صحيحان أما الأول فاتفق الكل عليه وأما الثانى فانفرد بتصحيحه مسلم وخرج الترمذى وأبو داود والنسائى عن جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما أسكر كثيره

فقليله حرام وهو نص فى موضع الخلاف وأما الاستدلال الثانى من أن الانبذة كلها تسمى خمرا فلهم فى ذلك طريقتان احداهما من جهة اثبات الاسماء بطريق الاشتقاق والثانى من جهة السماع فاما التى من جهة الاشتقاق فانهم قالوا انه معلوم عند أهل اللغة أن الخمر انما سميت خمرا لمخامرتها العقل فوجب لذلك أن ينطلق اسم الخمر لغة على كل ما خامر العقل وهذه الطريقة من اثبات الاسماء فيها اختلاف بين الاصوليين وهى غير مرضية عند الخراسانيين وأما الطريقة الثانية التى من جهة السماع فانهم قالوا انه وان لم يسلم لنا أن الانبذة تسمى فى اللغة خمرا فانها تسمى خمرا شرعا واحتجوا فى ذلك بحديث ابن عمر المتقدم وبما روى أيضا عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة وما روى أيضا عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان من العنب خمرا وان من العسل خمرا ومن الزبيب خمرا ومن الحنطة خمرا وأنا أنهاكم عن كل مسكر فهذه هى عمدة الحجازيين فى تحريم الأنبذة وأما الكوفيون فانهم تمسكوا لمذهبهم بظاهر قوله تعالى (ومن ثمرات النخيل والأعناب تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا) وبآثار رووها فى هذا الباب وبالقياس المعنوى أما احتجاجهم بالآية فانهم قالوا السكر هو المسكر ولو كان محرم العين لما سماه الله رزقا حسنا وأما الآثار التى اعتمدوها فى هذا الباب فمن أشهرها عندهم حديث أبى عون الثقفى عن عبد الله بن شداد عن ابن عباس عن النبى عليه الصلاة والسلام قال حرمت الخمر لعينها والسكر من غيرها قالوا وهذا نص لا يحتمل التأويل وضعفه أهل الحجاز لان بعض رواته روى والمسكر من غيرها ومنها حديث شريك عن سماك بن حرب باسناده عن أبى بردة بن نيار قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم انى كنت نهيتكم عن الشراب فى الأوعية فاشربوا فيما بدا لكم ولا تسكروا خرجها الطحاوى ورووا عن ابن مسعود أنه قال شهدت تحريم النبيذ كما شهدتم ثم شهدت تحليله فحفظت ونسيتم ورووا عن أبى موسى قال بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنا ومعاذا الى اليمن فقلنا يا رسول الله ان بها شرابين يصنعان من البر والشعير أحدهما يقال له المزر والآخر يقال له البتع فما نشرب فقال عليه الصلاة والسلام اشربا ولا تسكرا خرجه الطحاوى أيضا الى غير ذلك من الآثار التى ذكروها فى هذا

الباب وأما احتجاجهم من جهة النظر فانهم قالوا قد نص القرآن أن علة التحريم فى الخمر انما هى الصد عن ذكر الله ووقوع العداوة والبغضاء كما قال تعالى (انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة) وهذه العلة توجد فى القدر المسكر لا فيما دون ذلك فوجب أن يكون ذلك القدر هو الحرام الا ما انعقد عليه الاجماع من تحريم قليل الخمر وكثيرها قالوا وهذا النوع من القياس يلحق بالنص وهو القياس الذى ينبه الشرع على العلة فيه وقال المتأخرون من أهل النظر حجة الحجازيين من طريق السمع أقوى وحجة العراقيين من طريق القياس أظهر واذا كان هذا كما قالوا فيرجع الخلاف الى اختلافهم فى تغليب الأثر على القياس أو تغليب القياس على الأثر اذا تعارضا وهى مسئلة مختلف فيها لكن الحق أن الأثر اذا كان نصا ثابتا فالواجب أن يغلب على القياس وأما اذا كان ظاهر اللفظ محتملا للتأويل فهنا يتردد النظر هل يجمع بينهما بأن يتأوّل اللفظ أو يغلب ظاهر اللفظ على مقتضى القياس وذلك مختلف بحسب قوّة لفظ من الألفاظ الظاهرة وقوّة قياس من القياسات التى تقابلها ولا يدرك الفرق بينهما الا بالذوق العقلى كما يدرك الموزون من الكلام من غير الموزون وربما كان الذوقان على التساوى ولذلك كثر الاختلاف فى هذا النوع حتى قال كثير من الناس كل مجتهد مصيب قال القاضى والذى يظهر لى والله أعلم أن قوله عليه الصلاة والسلام كل مسكر حرام وان كان يحتمل أن يراد به القدر المسكر لا الجنس المسكر فان ظهوره فى تعليق التحريم بالجنس أغلب على الظن من تعليقه بالقدر لمكان معارضة ذلك القياس له على ما تأوّله الكوفيون فانه لا يبعد أن يحرم الشارع قليل المسكر وكثيره سدا للذريعة وتغليظا مع أن الضرر انما يوجد فى الكثير وقد ثبت من حال الشرع بالاجماع انه اعتبر فى الخمر الجنس دون القدر فوجب كل ما وجدت فيه علة الخمر أن يلحق بالخمر وأن يكون على من زعم وجود الفرق اقامة الدليل على ذلك هذا ان لم يسلموا لنا صحة قوله عليه الصلاة والسلام ما أسكر كثيره فقليله حرام فانهم ان سلموه لم يجدوا عنه انفكاكا فانه نص فى موضع الخلاف ولا يصح أن تعارض النصوص بالمقاييس وأيضا فان الشرع قد أخبر أن فى الخمر مضرة ومنفعة فقال تعالى (قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس)،

وكان القياس اذا قصد الجمع بين انتفاء المضرة ووجود المنفعة أن يحرم كثيرها ويحلل قليلها فلما غلب الشرع حكم المضرة على المنفعة فى الخمر ومنع القليل منها والكثير وجب أن يكون الامر كذلك فى كل مايوجد فيه علة تحريم الخمر الاأن يثبت فى ذلك فارق شرعى واتفقوا على أن الانتباذ حلال مالم تحدث فيه الشدة المطربة الخمرية لقوله عليه الصلاة والسلام فانتبذوا وكل مسكر حرام ولما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه كان ينتبذ وأنه كان يريقه فى اليوم الثانى أو الثالث واختلفوا من ذلك فى مسئلتين احداهما فى الاوانى التى ينتبذ فيها والثانية فى انتباذ شيئين مثل البسر والرطب والتمر والزبيب

﴿فأما المسئلة الأولى﴾ فانهم أجمعوا على جواز الانتباذ فى الأسقية واختلفوا فيما سواها فروى ابن القاسم عن مالك أنه كره الانتباذ فى الدباء والمزفت ولم يكره غير ذلك وكره الثورى الانتباذ فى الدباء والحنتم والنقير والمزفت وقال أبو حنيفة وأصحابه لا بأس بالانتباذ فى جميع الظروف والأوانى وسبب اختلافهم اختلاف الآثار فى هذا الباب وذلك أنه ورد من طريق ابن عباس النهى عن الانتباذ فى الاربع التى كرهها الثورى وهو حديث ثابت وروى مالك عن ابن عمر فى الموطأ أن النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن الانتباذ فى الدباء والمزفت وجاء فى حديث جابر عن النبى عليه الصلاة والسلام من طريق شريك عن سماك أنه قال كنت نهيتكم أن تنبذوا فى الدباء والحنتم والنقير والمزفت فانتبذوا ولا أحل مسكرا وحديث أبى سعيد الخدرى الذى رواه مالك فى الموطأ وهو أنه عليه الصلاة والسلام قال كنت نهيتكم عن الانتباذ فانتبذوا وكل مسكر حرام فمن رأى أن النهى المتقدم الذى نسخ انما كان نهيا عن الانتباذ فى هذه الأوانى اذ لم يعلم ههنا نهى متقدم غير ذلك قال يجوز الانتباذ فى كل شئ ومن قال ان النهى المتقدم الذى نسخ انما كان نهيا عن الانتباذ مطلقا قال بقى النهى عن الانتباذ فى هذه الأوانى فمن اعتمد فى ذلك حديث ابن عمر قال بالآلتين المذكورتين فيه ومن اعتمد فى ذلك حديث ابن عباس قال بالأربعة لأنه يتضمن مزيدا والمعارضة بينه وبين حديث ابن عمر انما هى من باب دليل الخطاب وفى كتاب مسلم النهى عن الانتباذ فى الحنتم وفيه انه رخص لهم فيه اذا كان غير مزفت

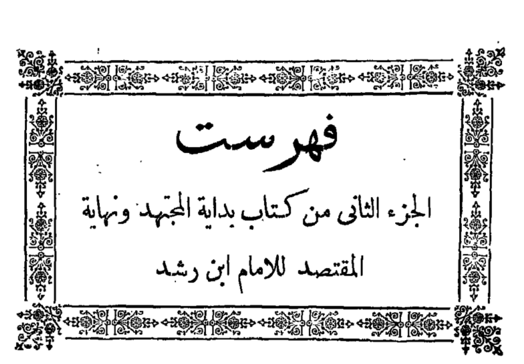
﴿وأما المسئلة الثانية﴾ وهي انتباذ الخليطين فان الجمهور قالوا بتحريم الخليطين من الاشياء التي من شأنها أن تقبل الانتباذ وقال قوم بل الانتباذ مكروه وقال قوم هو مباح وقال قوم كل خليطين فهما حرام وان لم يكونا مما يقبلان الانتباذ فيما أحسب الآن والسبب في اختلافهم ترددهم في هل النهي الوارد في ذلك هو على الكراهة أو على الحظر واذا قلنا انه على الحظر فهل يدل على فساد المنهي عنه أم لا وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن أن يخلط التمر والزبيب والزهو والرطب والبسر والزبيب وفي بعضها أنه قال عليه الصلاة والسلام لا تنتبذوا الزهو والزبيب جميعا ولا التمر والزبيب جميعا وانتبذوا كل واحد منهما على حدة فيخرج في ذلك بحسب التأويل الأقاويل الثلاثة قول بتحريمه وقول بتحليله مع الاثم في الانتباذ وقول بكراهية ذلك وأما من قال انه مباح فلعله اعتمد في ذلك عموم الأثر بالانتباذ في حديث أبي سعيد الخدري وأما من منع كل خليطين فاما أن يكون ذهب الى أن علة المنع هو الاختلاط لا ما يحدث عن الاختلاط من الشدة في النبيذ واما أن يكون قد تمسك بعموم ما ورد انه نهى عن الخليطين وأجمعوا على أن الخمر اذا تخللت من ذاتها جاز أكلها واختلفوا اذا قصد تخليلها على ثلاثة أقوال التحريم والكراهية والاباحة وسبب اختلافهم معارضة القياس للأثر واختلافهم في مفهوم الأثر وذلك ان أبا داود خرج من حديث أنس بن مالك ان أبا طلحة سأل النبي عليه السلام عن أيتام ورثوا خمرا فقال اهرقها قال أفلا أجعلها خلا قال لا فمن فهم من المنع سد ذريعة حمل ذلك على الكراهية ومن فهم النهي لغير علة قال بالتحريم ويخرج على هذا أن لا تحريم أيضا على مذهب من يرى أن النهي لا يعود بفساد المنهي والقياس المعارض لحمل الخل على التحريم انه قد علم من ضرورة الشرع ان الأحكام المختلفة انما هي للذوات المختلفة وأن الخمر غير ذات الخل والخل باجماع حلال فاذا انتقلت ذات الخمر الى ذات الخل وجب أن يكون حلالا كيفما انتقل

﴿الجملة الثانية في استعمال المحرمات في حال الاضطرار﴾ والأصل في هذا الباب قوله تعالى (وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه). والنظر في هذا الباب في السبب المحلل وفي جنس الشئ المحلل وفي مقداره فأما السبب فهو ضرورة التغذي

أعنى اذا لم يجد شيأ حلالا يتغذى به وهو لا خلاف فيه وأما السبب الثانى طلب البرء وهذا المختلف فيه فمن أجازه احتج بإباحة النبى عليه الصلاة والسلام الحرير لعبد الرحمن بن عوف لمكان حكة به ومن منعه فلقوله عليه الصلاة والسلام ان الله لم يجعل شفاء أمتى فيما حرم عليها وأما جنس الشئ المستباح فهو كل شئ محرم مثل الميتة وغيرها والاختلاف فى الخمر عندهم هو من قبل التداوى بها لا من قبل استعمالها فى التغذى ولذلك أجازوا للعطشان أن يشربها ان كان منهارى وللشرق أن يزيل شرقه بها وأما مقدار ما يؤكل من الميتة وغيرها فان مالكا قال حد ذلك الشبع والتزود منها حتى يجد غيرها وقال الشافعى وأبو حنيفة لا يأكل منها الا ما يمسك الرمق وبه قال بعض أصحاب مالك وسبب الاختلاف هل المباح له فى حال الاضطرار هو جميعها أم ما يمسك الرمق فقط والظاهر انه جميعها لقوله تعالى (فمن اضطر غير باغ ولا عاد) واتفق مالك والشافعى على انه لا يحل للمضطر أكل الميتة اذا كان عاصيا بسفره لقوله تعالى (غير باغ ولا عاد) وذهب غيره الى جواز ذلك

(انتهى كتاب الأطعمة والأشربة)

﴿تم الجزء الأول من كتاب بداية المجتهد ويليه الجزء الثانى وأوله كتاب النكاح﴾



فهرست

الجزء الثانى من كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد للامام ابن رشد

فهرست

﴿ الجزء الثانى من كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد للامام ابن رشد ﴾

(١) هذا المطلب هو الفصل الثانى فى عدة ملك اليمين الذى جعله المؤلف أحد فصلى الباب الاول من الجملة الرابعة

﴿ تمت ﴾

الجزء الثاني

من كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد

للشيخ الامام الحافظ الناقد البحر الذاخر أبي الوليد
محمد بن أحمد ابن الامام الشهير حامل لواء المذهب
وحذامه أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي
رحم الله الجميع بمنه وكرمه آمين

طبعت هذه النسخة مقابلة على عدة نسخ من أهمها نسخة سلطان المغرب الأقصى سابقا مولاى (عبد الحفيظ) التى طبعت بمدينة فاس العليا سنة ١٣٢٧ ونسخة خطية استعرناها من حضرة صاحب السعادة أحمد باشا تيمور وهى التى عليها المعول لتبين رجحانها على سواها وقت التصحيح

طبع بمطبعة

مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر

على نفقتهم ونفقة ابناء مولوى محمد بن غلام رسول السورتي فى (بمباى)

رمضان سنة ١٣٣٩ هـ

﴿ كِتابٌ أَنزَلْناهُ إِلَيْكَ مُبارَكٌ لِيَدَّبَّرُوا آياتِهِ ﴾



(كتاب النكاح)

وأصول هذا الكتاب تنحصر فى خمسة أبواب الباب الأول فى مقدمات النكاح، الباب الثانى فى موجبات صحة النكاح الباب الثالث فى موجبات الخيار فى النكاح الباب الرابع فى حقوق الزوجية الباب الخامس فى الانكحة المنهى عنها والفاسدة.

(الباب الأول)

وفى هذا الباب أربع مسائل فى حكم النكاح وفى حكم خطبة النكاح وفى الخطبة على الخطبة وفى النظر الى المخطوبة قبل التزويج فأما حكم النكاح فقال قوم هو مندوب اليه وهم الجمهور وقال أهل الظاهر هو واجب وقالت المتأخرة من المالكية هو فى حق بعض الناس واجب وفى حق بعضهم مندوب اليه وفى حق بعضهم مباح وذلك عندهم بحسب ما يخاف على نفسه من العنت وسبب اختلافهم هل تحمل صيغة الأمر به فى قوله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) وفى قوله عليه الصلاة والسلام تناكحوا فانى مكاثر بكم الامم وما أشبه ذلك من الاخبار الواردة فى ذلك على الوجوب أم على الندب أم على الاباحة فأما من قال انه فى حق بعض الناس واجب وفى حق بعضهم مندوب اليه وفى حق بعضهم مباح فهو التفات الى المصلحة وهذا النوع من القياس هو الذى يسمى المرسل وهو الذى ليس له أصل معين يستند اليه وقد

أنكره كثير من العلماء والظاهر من مذهب مالك القول به (وأما خطبة النكاح) المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم فقال الجمهور انها ليست واجبة وقال داود هي واجبة وسبب الخلاف هل يحمل فعله في ذلك عليه الصلاة والسلام على الوجوب أو على الندب فأما الخطبة على الخطبة فان النهي في ذلك ثابت عن النبي عليه الصلاة والسلام واختلفوا هل يدل ذلك على فساد المنهي عنه أو لا يدل وان كان يدل ففي أي حالة يدل فقال داود يفسخ وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يفسخ وعن مالك القولان جميعا وثالث وهو أنه يفسخ قبل الدخول ولا يفسخ بعده وقال ابن القاسم انما معنى النهي اذا خطب رجل صالح على خطبة رجل صالح وأما ان كان الأول غير صالح والثاني صالح جاز وأما الوقت عند الأكثر فهو اذا ركن بعضهم الى بعض لا في أول الخطبة بدليل حديث فاطمة بنت قيس حيث جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ان أبا جهم بن حذيفة ومعاوية بن أبي سفيان خطباها فقال أما أبو جهم فرجل لا يرفع عصاه عن النساء وأما معاوية فصعلوك لا مال له ولكن انكحي أسامة وأما النظر الى المرأة عند الخطبة فأجاز ذلك مالك الى الوجه والكفين فقط وأجاز ذلك غيره الى جميع البدن عدا السوأتين ومنع ذلك قوم على الاطلاق وأجاز أبو حنيفة النظر الى القدمين مع الوجه والكفين والسبب في اختلافهم انه ورد الأمر بالنظر اليهن مطلقا وورد بالمنع مطلقا وورد مقيدا أعني بالوجه والكفين على ماقاله كثير من العلماء في قوله تعالى (ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها) أنه الوجه والكفان وقياسا على جواز كشفهما في الحج عند الأكثر ومن منع تمسك بالأصل وهو تحريم النظر الى النساء

(الباب الثاني في موجبات صحة النكاح)

وهذا الباب ينقسم الى ثلاثة أركان الركن الأول في معرفة كيفية هذا العقد الركن الثاني في معرفة محل هذا العقد الثالث في معرفة شروط هذا العقد

﴿الركن الأول﴾ في الكيفية والنظر في هذا الركن في مواضع في كيفية الاذن المنعقد به ومن المعتبر رضاه في لزوم هذا العقد وهل يجوز عقده على الخيار أم لا يجوز وهل ان تراخى القبول من أحد المتعاقدين لزم ذلك العقد أم من شرط ذلك الفور

﴿ الموضع الاول ﴾ الاذن في النكاح على ضربين فهو واقع في حق الرجال والثيب من النساء بالألفاظ وهو في حق الأبكار المستأذنات واقع بالسكوت أعني الرضا وأما الرد فباللفظ ولا خلاف في هذه الجملة الا ما حكي عن أصحاب الشافعي أن اذن البكر اذا كان المنكح غير أب ولا جد بالنطق وانما صار الجمهور الى أن اذنها بالصمت للثابت من قوله عليه الصلاة والسلام الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها واذنها صماتها واتفقوا على أن انعقاد النكاح بلفظ النكاح ممن اذنه اللفظ وكذلك بلفظ التزويج واختلفوا في انعقاده بلفظ الهبة أو بلفظ البيع أو بلفظ الصدقة فأجازه قوم وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي لا ينعقد الا بلفظ النكاح أو التزويج وسبب اختلافهم هل هو عقد يعتبر فيه مع النية اللفظ الخاص به أم ليس من صحته اعتبار اللفظ فمن ألحقه بالعقود التي يعتبر فيها الأمران قال لا نكاح منعقد الا بلفظ النكاح أو التزويج ومن قال ان اللفظ ليس من شرطه اعتبارا بما ليس من شرطه اللفظ أجاز النكاح بأي لفظ اتفق اذا فهم المعنى الشرعي من ذلك أعني انه اذا كان بينه وبين المعنى الشرعي مشاركة

﴿ الموضع الثاني ﴾ وأما من المعتبر قبوله في صحة هذا العقد فانه يوجد في الشرع على ضربين أحدهما يعتبر فيه رضا المتناكحين أنفسهما أعني الزوج والزوجة اما مع الولي واما دونه على مذهب من لا يشترط الولي في رضا المرأة المالكة أمر نفسها والثاني يعتبر فيه رضا الاولياء فقط وفي كل واحد من هذين الضربين مسائل اتفقوا عليها ومسائل اختلفوا فيها ونحن نذكر منها قواعدها وأصولها فنقول أما الرجال البالغون الاحرار المالكون لأمر أنفسهم فانهم اتفقوا على اشتراط رضاهم وقبولهم في صحة النكاح واختلفوا هل يجبر العبد على النكاح سيده والوصي محجوره البالغ أم ليس يجبره فقال مالك يجبر السيد عبده على النكاح وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يجبره والسبب في اختلافهم هل النكاح من حقوق السيد أم ليس من حقوقه وكذلك اختلفوا في جبر الوصي محجوره والخلاف في ذلك موجود في المذهب وسبب اختلافهم هل النكاح مصلحة من مصالح المنظور له أم ليس بمصلحة وانما طريقه الملاذ وعلى القول بان النكاح واجب ينبغي أن لا يتوقف في ذلك وأما النساء

اللاتى يعتبر رضاهن فى النكاح فاتفقوا على اعتبار رضا الثيب البالغ لقوله عليه الصلاة والسلام والثيب تعرب عن نفسها الا ما حكى عن الحسن البصرى واختلفوا فى البكر البالغ وفى الثيب الغير بالغ مالم يكن ظهر منها الفساد فأما البكر البالغ فقال مالك والشافعى وابن أبى ليلى للاب فقط ان يجبرها على النكاح وقال أبو حنيفة والثورى والاوزاعى وأبو ثور وجماعة لابد من اعتبار رضاها ووافقهم مالك فى البكر المعنسة على أحد القولين عنه وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب فى هذا للعموم وذلك ان ماروى عنه عليه الصلاة والسلام من قوله لا تنكح اليتيمة الا باذنها وقوله تستأمر اليتيمة فى نفسها خرجه أبو داود والمفهوم منه بدليل الخطاب ان ذات الأب بخلاف اليتيمة وقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث ابن عباس المشهور والبكر تستأمر يوجب بعمومه استئمار كل بكر والعموم أقوى من دليل الخطاب مع انه خرج مسلم فى حديث ابن عباس زيادة وهو أنه قال عليه الصلاة والسلام والبكر يستأذنها أبوها وهو نص فى موضع الخلاف. وأما الثيب الغير البالغ فان مالكا وأبا حنيفة قالا يجبرها الأب على النكاح وقال الشافعى لا يجبرها وقال المتأخرون ان فى المذهب فيها ثلاثة أقوال قول ان الأب يجبرها مالم تبلغ بعد الطلاق وهو قول أشهب وقول انه يجبرها وان بلغت وهو قول سحنون وقول انه لا يجبرها وان لم تبلغ وهو قول أبى تمام والذى حكيناه عن مالك هو الذى حكاه أهل مسائل الخلاف كابن القصار وغيره عنه وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب للعموم وذلك ان قوله عليه الصلاة والسلام تستأمر اليتيمة فى نفسها ولا تنكح اليتيمة الا باذنها يفهم منه أن ذات الأب لا تستأمر الا ما أجمع عليه الجمهور من استئمار الثيب البالغ وعموم قوله عليه الصلاة والسلام الثيب أحق بنفسها من وليها يتناول البالغ وغير البالغ وكذلك قوله لا تنكح الايم حتى تستأمر ولا تنكح حتى تستأذن يدل بعمومه على ماقاله الشافعى ولاختلافهم فى هاتين المسألتين سبب آخر وهو استنباط القياس من موضع الاجماع وذلك انهم لما أجمعوا على أن الأب يجبر البكر غير البالغ وأنه لا يجبر الثيب البالغ الا خلافا شاذا فيهما جميعا كما قلنا اختلفوا فى موجب الاجبار هل هو البكارة أو الصغر فمن قال الصغر قال لا يجبر البكر البالغ ومن قال البكارة قال يجبر

البكر البالغ ولا تجبر الثيب الصغيرة ومن قال كل واحد منهما يوجب الاجبار اذا انفرد قال يجبر البكر البالغ والثيب الغير البالغ والتعليل الاول تعليل أبي حنيفة والثاني تعليل الشافعي والثالث تعليل مالك والاصول أكثر شهادة لتعليل أبي حنيفة واختلفوا في الثيوبة التي ترفع الاجبار وتوجب النطق بالرضا أو الرد فذهب مالك وأبو حنيفة الى انها الثيوبة التي تكون بنكاح صحيح أو شبهة نكاح أو ملك وانها لا تكون بزنا ولا بغصب وقال الشافعي كل ثيوبة ترفع الاجبار وسبب اختلافهم هل يتعلق الحكم بقوله عليه الصلاة والسلام الثيب أحق بنفسها من وليها بالثيوبة الشرعية أم بالثيوبة اللغوية واتفقوا على أن الاب يجبر ابنه الصغير على النكاح وكذلك ابنته الصغيرة البكر ولا يستأمرها لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضي الله عنها بنت ست أو سبع و بنى بها بنت تسع بانكاح أبي بكر أبيها رضي الله عنه الا ما روي من الخلاف عن ابن شبرمة واختلفوا من ذلك في مسئلتين احداهما هل يزوج الصغيرة غير الاب والثانية هل يزوج الصغير غير الأب فأما هل يزوج الصغيرة غير الأب أم لا فقال الشافعي يزوجها الجد أبو الأب والأب فقط وقال مالك لا يزوجها الا الأب فقط أو من جعل الأب له ذلك اذا عين الزوج الا أن يخاف عليها الضيعة والفساد وقال أبو حنيفة يزوج الصغيرة كل من له عليها ولاية من أب وقريب وغير ذلك ولها الخيار اذا بلغت وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس وذلك ان قوله عليه الصلاة والسلام والبكر تستأمر واذنها صماتها يقتضي العموم في كل بكر الا ذات الأب التي خصصها الاجماع الا الخلاف الذي ذكرناه وكون سائر الأولياء معلوما منهم النظر والمصلحة لوليتهم يوجب أن يلحقوا بالأب في هذا المعنى فمنهم من ألحق به جميع الاولياء ومنهم من ألحق به الجد فقط لأنه في معنى الاب اذ كان أبا أعلى وهو الشافعي ومن قصر ذلك على الأب رأى ان ما للاب في ذلك غير موجود لغيره اما من قبل أن الشرع خصه بذلك واما من قبل ان ما يوجد فيه من الرأفة والرحمة لا يوجد في غيره وهو الذي ذهب اليه مالك رضي الله عنه وما ذهب اليه أظهر والله أعلم الا أن يكون هنالك ضرورة وقد احتجت الحنفية بجواز انكاح الصغار غير الآباء بقوله تعالى (فان خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب

لكم من النساء) قال واليتيم لا ينطلق الا على غير البالغة والفريق الثاني قالوا ان اسم اليتيم قد ينطلق على البالغة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام تستأمر اليتيمة والمستأمرة هي من اهل الاذن وهي البالغة فيكون لاختلافهم سبب آخر وهو اشتراك اسم اليتيم وقد احتج أيضا من لم يجز نكاح غير الأب لها بقوله عليه الصلاة والسلام تستأمر اليتيمة في نفسها قالوا والصغيرة ليست من أهل الاستئمار باتفاق فوجب المنع ولأولئك أن يقولوا ان هذا حكم اليتيمة التي هي من أهل الاستئمار وأما الصغيرة فسكوت عنها وأما هل يزوج الولي غير الأب الصغير فان مالكا أجازه للوصي وأبا حنيفة أجازه للاولياء الا ان أبا حنيفة أوجب الخيار له اذا بلغ ولم يوجب ذلك مالك وقال الشافعي ليس لغير الاب انكاحه وسبب اختلافهم قياس غير الأب في ذلك على الأب فمن رأى أن الاجتهاد الموجود فيه الذي جاز للاب به أن يزوج الصغير من ولده لا يوجد في غير الاب لم يجز ذلك ومن رأى انه يوجد فيه أجاز ذلك ومن فرق بين الصغير في ذلك والصغيرة فلأن الرجل يملك الطلاق اذا بلغ ولا تملكه المرأة ولذلك جعل أبو حنيفة لهما الخيار اذا بلغا

﴿وأما الموضع الثالث﴾ وهو هل يجوز عقد النكاح على الخيار فان الجمهور على انه لا يجوز وقال أبو ثور يجوز والسبب في اختلافهم تردد النكاح بين البيوع التي لا يجوز فيها الخيار والبيوع التي يجوز فيها الخيار أو نقول ان الأصل في العقود أن لا خيار الا ما وقع عليه النص وعلى المثبت للخيار الدليل أو نقول ان أصل منع الخيار (١) في البيوع هو الغرر والأنكحة لا غرر فيها لأن المقصود بها المكارمة لا المكايسة ولأن الحاجة الى الخيار والرؤية في النكاح أشد منه في البيوع وأما تراخي القبول من أحد الطرفين عن العقد فأجاز مالك من ذلك التراخي اليسير ومنعه قوم وأجازه قوم ومثل ذلك أن ينكح الولي امرأة بغير اذنها فيبلغها النكاح فتجيزه وممن منعه مطلقا الشافعي وممن أجازه مطلقا أبو حنيفة وأصحابه والتفرقة بين الأمر الطويل والقصير لمالك وسبب الخلاف هل هو من شرط الانعقاد وجود القبول من المتعاقدين وقت واحد معا أم ليس ذلك من شرطه ومثل هذا الخلاف عرض في البيع

(١) هكذا هذه العبارة بالاصول وليس لها معنى واضح

﴿ الركن الثانى فى شروط العقد ﴾ وفيه ثلاثة فصول الفصل الاول فى الأولياء الثانى فى الشهود الثالث فى الصداق

(الفصل الأول)

والنظر فى الاولياء فى مواضع أربعة الاول فى اشتراط الولاية فى صحة النكاح الموضع الثانى فى صفة الولى الثالث فى أصناف الأولياء وترتيبهم فى الولاية ومايتعلق بذلك الرابع فى عضل الاولياء من يلونهم وحكم الاختلاف الواقع بين الولى والمولى عليه

﴿ الموضع الأول ﴾ اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح أم ليست بشرط فذهب مالك الى أنه لا يكون نكاح الابولى وانها شرط فى الصحة فى رواية أشهب عنه و به قال الشافعى وقال أبو حنيفة وزفر والشعبى والزهرى اذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولى وكان كفؤا جاز وفرق داود بين البكر والثيب فقال باشتراط الولى فى البكر وعدم اشتراطه فى الثيب ويتخرج على رواية ابن القاسم عن مالك فى الولاية قول رابع ان اشتراطها سنة لا فرض وذلك انه روى عنه انه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولى وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلا من الناس على انكاحها وكان يستحب أن تقدم الثيب وليها ليعقد عليها فكأنه عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة بخلاف عبارة البغداديين من أصحاب مالك أعنى انهم يقولون انها من شروط الصحة لا من شروط التمام وسبب اختلافهم انه لم تأت آية ولا سنة هى ظاهرة فى اشتراط الولاية فى النكاح فضلا عن أن يكون فى ذلك نص بل الآيات والسنن التى جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هى كلها محتملة وكذلك الآيات والسنن التى يحتج بها من يشترط اسقاطها هى أيضا محتملة فى ذلك والاحاديث مع كونها محتملة فى ألفاظها مختلف فى صحتها الا حديث ابن عباس وان كان المسقط لها ليس عليه دليل لان الاصل براءة الذمة ونحن نورد مشهور ما احتج به الفريقان ونبين وجه الاحتمال فى ذلك فمن أظهر ما يحتج به من الكتاب من اشترط الولاية قوله تعالى (فاذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن) قالوا وهذا خطاب للاولياء ولو لم يكن لهم حق فى الولاية لما نهوا عن العضل وقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) قالوا وهذا خطاب

للاولياء أيضا ومن أشهر ما احتج به هؤلاء من الاحاديث ما رواه الزهرى عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل ثلاث مرات وان دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له خرجه الترمذى وقال فيه حديث حسن وأما ما احتج به من لم يشترط الولاية من الكتاب والسنة فقوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهن بالمعروف) قالوا وهذا دليل على جواز تصرفها فى العقد على نفسها قالوا وقد أضاف اليهن فى غير ما آية من الكتاب الفعل فقال (أن ينكحن أزواجهن) وقال (حتى تنكح زوجا غيره) وأما من السنة فاحتجوا بحديث ابن عباس المتفق على صحته وهو قوله عليه الصلاة والسلام الايم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر فى نفسها واذنها صماتها وبهذا الحديث احتج داود فى الفرق عنده بين الثيب والبكر فى هذا المعنى فهذا مشهور ما احتج به الفريقان من السماع فأما قوله تعالى (فاذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن) فليس فيه أكثر من نهى قرابة المرأة وعصبتها من أن يمنعوها النكاح وليس نهيهم عن العضل مما يفهم منه اشتراط اذنهم فى صحة العقد لا حقيقة ولا مجازا أعنى بوجه من وجوه أدلة الخطاب الظاهرة أو النص بل قد يمكن أن يفهم منه ضد هذا وهو ان الاولياء ليس لهم سبيل على من يلونهم وكذلك قوله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) هو أن يكون خطابا لاولى الامر من المسلمين أو لجميع المسلمين أحرى منه أن يكون خطابا للاولياء وبالجملة فهو متردد بين أن يكون خطابا للاولياء أو لاولى الامر فمن احتج بهذه الآية فعليه البيان انه أظهر فى خطاب الاولياء منه فى أولى الامر فان قيل ان هذا عام والعام يشمل ذوى الامر والاولياء قيل ان هذا الخطاب انما هو خطاب بالمنع والمنع بالشرع فيستوى فيه الاولياء وغيرهم وكون الولى مأمورا بالمنع بالشرع لا يوجب له ولاية خاصة فى الاذن أصله الاجنبى ولو قلنا انه خطاب للاولياء يوجب اشتراط اذنهم فى صحة النكاح لكان مجملا لا يصح به عمل لأنه ليس فيه ذكر أصناف الاولياء ولا صفاتهم ولا مراتبهم والبيان لا يجوز تأخيره عن وقت الحاجة ولو كان فى هذا كله

شرع معروف لنقل تواترا أوقريبا من التواتر لأن هذا مما تعم به البلوى ومعلوم انه كان فى المدينة من لا ولى له ولم ينقل عنه صلى الله عليه وسلم انه كان يعقد أنكحتهم ولا ينصب لذلك من يعقدها وأيضا فان المقصود من الآية ليس هو حكم الولاية وانما المقصود منها تحريم نكاح المشركين والمشركات وهذا ظاهر والله أعلم وأما حديث عائشة فهو حديث مختلف فى وجوب العمل به والاظهر ان مالا يتفق على صحته انه ليس يجب العمل به وأيضا فان سلمنا صحة الحديث فليس فيه الا اشتراط اذن الولى لمن لها ولى أعنى المولى عليها وان سلمنا انه عام فى كل امرأة فليس فيه ان المرأة لا تعقد على نفسها أعنى أن لا تكون هى التى تلى العقد بل الاظهر منه انه اذا أذن الولى لها جاز أن تعقد على نفسها دون أن نشترط فى صحة النكاح اشهاد الولى معها وأما ما احتج به الفريق الآخر من قوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهن من معروف) فان المفهوم منه النهى عن التثريب عليهن فيما استبددن بفعله دون أوليائهن وليس ههنا شئ يمكن أن تستبد به المرأة دون الولى الا عقد النكاح فظاهر هذه الآية والله أعلم ان لها أن تعقد النكاح وللاولياء الفسخ اذا لم يكن بالمعروف وهو الظاهر من الشرع الا ان هذا لم يقل به أحد وأن يحتج ببعض ظاهر الآية على رأيهم ولا يحتج ببعضها فيه ضعف وأما اضافة النكاح اليهن فليس فيه دليل على اختصاصهن بالعقد لكن الاصل هو الاختصاص الا أن يقوم الدليل على خلاف ذلك وأما حديث ابن عباس فهو لعمرى ظاهر فى الفرق بين الثيب والبكر لأنه اذا كان كل واحد منهما يستأذن ويتولى العقد عليهما الولى فبماذا ليت شعرى تكون الايم أحق بنفسها من وليها وحديث الزهرى هو ان يكون موافقا هذا الحديث أحرى من ان يكون معارضا له ويحتمل أن تكون التفرقة بينهما فى السكوت والنطق فقط ويكون السكوت كافيا فى العقد والاحتجاج بقوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهن بالمعروف) هو أظهر فى ان المرأة تلى العقد من الاحتجاج بقوله (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) على ان الولى هو الذى يلى العقد وقد ضعفت الحنفية حديث عائشة وذلك انه حديث رواه جماعة عن ابن جريج عن الزهرى وحكى ابن علية عن ابن جريج انه سأل الزهرى عنه فلم يعرفه قالوا والدليل على ذلك ان الزهرى لم يكن

يشترط الولاية ولا الولاية من مذهب عائشة وقد احتجوا أيضا بحديث ابن عباس أنه قال لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل ولكنه مختلف فى رفعه وكذلك اختلفوا أيضا فى صحة الحديث الوارد فى نكاح النبى عليه الصلاة والسلام أم سلمة وأمره لابنها أن ينكحها اياه وأما احتجاج الفريقين من جهة المعانى فمحتمل وذلك انه يمكن أن يقال ان الرشد اذا وجد فى المرأة اكتفى به فى عقد النكاح كما يكتفى به فى التصرف فى المال ويشبه أن يقال ان المرأة مائلة بالطبع الى الرجال أكثر من ميلها الى تبذير الاموال فاحتاط الشرع بان جعلها محجورة فى هذا المعنى على التأبيد مع ان ما يلحقها من العار فى القاء نفسها فى غير موضع كفاءة يتطرق الى أوليائها لكن يكفى فى ذلك أن يكون للاولياء الفسخ أو الحسبة والمسئلة محتملة كما ترى لكن الذى يغلب على الظن انه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الاولياء وأصنافهم ومراتبهم فان تأخر البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فاذا كان لا يجوز عليه عليه الصلاة والسلام تأخير البيان عن وقت الحاجة وكان عموم البلوى فى هذه المسئلة يقتضى أن ينقل اشتراط الولاية عنه صلى الله عليه وسلم تواترا أو قريبا من التواتر ثم لم ينقل فقد يجب أن يعتقد أحد أمرين اما انه ليست الولاية شرطا فى صحة النكاح وانما للاولياء الحسبة فى ذلك وأما ان كان شرطا فليس من صحتها تمييز صفات الولى وأصنافهم ومراتبهم ولذلك يضعف قول من يبطل عقد الولى الأبعد مع وجود الأقرب

﴿ الموضع الثانى ﴾ وأما النظر فى الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها فانهم اتفقوا على أن من شرط الولاية الاسلام والبلوغ والذكورية وأن سوالبها أضداد هذه أعنى الكفر والصغر والأنوثة واختلفوا فى ثلاثة فى العبد والفاسق والسفيه فأما العبد فالأكثر على منع ولايته وجوزها أبو حنيفة وأما الرشد فالمشهور فى المذهب أعنى عند أكثر أصحاب مالك ان ذلك ليس من شرطها أعنى الولاية وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى ذلك من شرطها وقد روى عن مالك مثل قول الشافعى وبقول الشافعى قال أشهب وأبو مصعب وسبب الخلاف تشبيه هذه الولاية بولاية المال فمن رأى انه قد يوجد الرشد فى هذه الولاية مع عدمه فى المال قال ليس من شرطه أن يكون رشيدا فى المال ومن رأى أن ذلك ممتنع الوجود قال لا بد من الرشد فى المال وهما قسمان

كما ترى أعنى أن الرشد فى المال غير الرشد فى اختيار الكفاءة لها وأما العدالة فانما اختلفوا فيها من جهة انها ينظر للمعنى أعنى هذه الولاية فلا يؤمن مع عدم العدالة أن لا يختار لها الكفاءة وقد يمكن أن يقال ان الحالة التى بها يختار الاولياء لموليتهم الكفء غير حالة العدالة وهى خوف لحوق العار بهم وهذه هى موجودة بالطبع وتلك العدالة الاخرى مكتسبة ولنقص العبد يدخل الخلاف فى ولايته كما يدخل فى عدالته

﴿ الموضع الثالث ﴾ وأما أصناف الولاية عند القائلين بها فهى نسب وسلطان ومولى أعلى وأسفل ومجرد الاسلام عند مالك صفة تقتضى الولاية على الدنيئة واختلفوا فى الوصى فقال مالك يكون الوصى وليا ومنع ذلك الشافعى وسبب اختلافهم هل صفة الولاية مما يمكن أن يستناب فيها أم ليس يمكن ذلك ولهذا السبب بعينه اختلفوا فى الوكالة فى النكاح لكن الجمهور على جوازها الا أبا ثور ولا فرق بين الوكالة والايصاء لان الوصى وكيل بعد الموت والوكالة تنقطع بالموت واختلفوا فى ترتيب الولاية من النسب فعند مالك أن الولاية معتبرة بالتعصيب الا الابن فمن كان أقرب عصبة كان أحق بالولاية والابناء عنده أولى وان سفلوا ثم الآباء ثم الاخوة للاب والام ثم للاب ثم بنو الاخوة للاب والام ثم للاب فقط ثم الاجداد للاب وان علوا وقال المغيرة الجد وأبوه أولى من الاخ وابنه ليس من أصل ٧ ثم العمومة على ترتيب الاخوة وان سفلوا ثم المولى ثم السلطان والمولى الاعلى عنده أحق من الاسفل والوصى عنده أولى من ولى النسب أعنى وصى الاب واختلف أصحابه فيمن أولى وصى الاب أو ولى النسب فقال ابن القاسم الوصى أولى مثل قول مالك وقال ابن الماجشون وابن عبد الحكم الولى أولى وخالف الشافعى مالكا فى ولاية البنوة فلم يجزها أصلا وفى تقديم الاخوة على الجد فقال لا ولاية للابن وروى عن مالك أن الاب أولى من الابن وهو أحسن وقال أيضا الجد أولى من الاخ وبه قال المغيرة والشافعى اعتبر التعصيب أعنى أن الولد ليس من عصبتها لحديث عمر لا تنكح المرأة الا باذن وليها أو ذى الرأى من أهلها أو السلطان ولم يعتبره مالك فى الابن لحديث أم سلمة ان النبى صلى الله عليه وسلم أمر

(٧) هكذا بالاصل ولعل صوابه لانه أصل فليتأمل اهـ مصححه

إبنها أن ينكحها اياه ولانهم اتفقوا أعنى مالكا والشافعى على ان الابن يرث الولاء الواجب للام والولاء عندهم للعصبة وسبب اختلافهم فى الجد هو اختلافهم فيمن هو أقرب هل الجد أو الاخ ويتعلق بالترتيب ثلاث مسائل مشهورة أحدها اذا زوج الابعد مع حضور الاقرب والثانية اذا غاب الاقرب هل تنتقل الولاية الى الابعد أو الى السلطان والثالثة اذا غاب الاب عن ابنته البكر هل تنتقل الولاية أو لا تنتقل

﴿فأما المسئلة الاولى﴾ فاختلف فيها قول مالك فمرة قال ان زوج الابعد مع حضور الاقرب فالنكاح مفسوخ ومرة قال النكاح جائز ومرة قال للاقرب ان يجيز أو يفسخ وهذا الخلاف كله عنده فيما عدا الاب فى ابنته البكر والوصى فى محجورته فانه لا يختلف قوله ان النكاح فى هذين مفسوخ أعنى تزويج غير الاب البنت البكر مع حضور الأب أو غير الوصى المحجورة مع حضور الوصى وقال الشافعى لا يعقد أحد مع حضور الأب لا فى بكر ولا فى ثيب وسبب هذا الاختلاف هو هل الترتيب حكم شرعى أعنى ثابتا بالشرع فى الولاية أم ليس بحكم شرعى وان كان حكما فهل ذلك حق من حقوق الولى الأقرب أم ذلك حق من حقوق الله فمن لم ير الترتيب حكما شرعيا قال يجوز نكاح الأبعد مع حضور الاقرب ومن رأى انه حكم شرعى ورأى انه حق للولى قال النكاح منعقد فان أجازه الولى جاز وان لم يجزه انفسخ ومن رأى انه حق لله قال النكاح غير منعقد وقد أنكر قوم هذا المعنى فى المذهب أعنى ان يكون النكاح منفسخا غير منعقد

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ فان مالكا يقول اذا غاب الولى الاقرب انتقلت الولاية الى الابعد وقال الشافعى تنتقل الى السلطان وسبب اختلافهم هل الغيبة فى ذلك بمنزلة الموت أم لا وذلك انه لا خلاف عندهم فى انتقالها فى الموت

﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ وهى غيبة الاب عن ابنته البكر فان فى المذهب فيها تفصيلا واختلافا وذلك راجع الى بعد المكان وطول الغيبة أو قربه والجهل بمكانه أو العلم به وحاجة البنت الى النكاح اما لعدم النفقة واما لما يخاف عليها من عدم الصون واما للامرين جميعا فاتفق المذهب على انه اذا كانت الغيبة بعيدة أو كان الاب مجهول

الموضع أو أسيرا وكانت فى صون وتحت نفقة انها ان لم تدع الى التزويج لا تزوج وان دعت فتزوج عند الاسر وعند الجهل بمكانه واختلفوا هل تزوج مع العلم بمكانه أم لا اذا كان بعيدا فقيل تزوج وهو قول مالك وقيل لا تزوج وهو قول عبد الملك وابن وهب وأما ان عدمت النفقة أو كانت فى غير صون فانها تزوج أيضا فى هذه الاحوال الثلاثة أعنى فى الغيبة البعيدة وفى الاسر والجهل بمكانه وكذلك ان اجتمع الامران فاذا كانت فى غير صون تزوج وان لم تدع الى ذلك ولم يختلفوا فيما أحسب أنها لا تزوج فى الغيبة القريبة المعلومة لمكان امكان مخاطبته وليس يبعد بحسب النظر المصلحى الذى انبنى عليه هذا النظر أن يقال ان ضاق الوقت وخشى السلطان عليها الفساد زوجت وان كان الموضع قريبا واذا قلنا انه تجوز ولاية الابعد مع حضور الاقرب فان جعلت امرأة أمرها الى وليين فزوجها كل واحد منهما فانه لا يخلو ان يكون تقدم أحدهما فى العقد على الآخر أو يكونا عقدا معا ثم لا يخلو ذلك من ان يعلم المتقدم أو لا يعلم فأما اذا علم المتقدم منهما فأجمعوا على انها للاول اذا لم يدخل بها واحد منهما واختلفوا اذا دخل الثانى فقال قوم هى للاول وقال قوم هى للثانى وهو قول مالك وابن القاسم وبالاول قال الشافعى وابن عبد الحكم وأما ان أنكحاها معا فلا خلاف فى فسخ النكاح فيما أعرف وسبب الخلاف فى اعتبار الدخول أو لا اعتباره معارضة العموم للقياس وذلك انه قد روى انه عليه الصلاة والسلام قال أيما امرأة أنكحها وليان فهى للاول منهما فعموم هذا الحديث يقتضى أنها للاول دخل بها الثانى أو لم يدخل ومن اعتبر الدخول فتشبيها بفوات السلعة فى البيع المكروه وهو ضعيف وأما ان لم يعلم الاول فان الجمهور على الفسخ وقال مالك يفسخ ما لم يدخل أحدهما وقال شريح تخير فأيهما اختارت كان هو الزوج وهو شاذ وقد روى عن عمر بن عبد العزيز

﴿ الموضع الرابع فى عضل الاولياء ﴾ واتفقوا على انه ليس للولى أن يعضل وليته اذا دعت الى كفء وبصداق مثلها وأنها ترفع أمرها الى السلطان فيزوجها ما عدا الاب فانه اختلف فيه المذهب واختلفوا بعد هذا الاتفاق فيما هى الكفاءة المعتبرة فى ذلك وهل صداق المثل منها أم لا وكذلك اتفقوا على ان للمرأة أن تمنع نفسها من انكاح

من له من الاولياء جبرها اذا لم تكن فيها الكفاءة موجودة كالاب فى ابنته البكر
أما غير البالغ باتفاق والبالغ والثيب الصغيرة باختلاف على ماتقدم وكذلك الوصى
فى محجوره على القول بالجبر فأما الكفاءة فانهم اتفقوا على أن الدين معتبر فى ذلك
الا ماروى عن محمد بن الحسن من اسقاط اعتبار الدين ولم يختلف المذهب ان البكر
اذا زوجها الاب من شارب الخمر وبالجملة من فاسق ان لها ان تمنع نفسها من النكاح
وينظر الحاكم فى ذلك فيفرق بينهما وكذلك ان زوجها ممن ماله حرام أو ممن هو
كثير الحلف بالطلاق واختلفوا فى النسب هل هو من الكفاءة أم لا وفى الحرية
وفى اليسار وفى الصحة من العيوب فالمشهور عن مالك انه يجوز نكاح الموالى من
العرب وأنه احتج لذلك بقوله تعالى (ان أكرمكم عند الله أتقاكم) وقال سفيان
الثورى وأحمد لاتزوج العربية من مولى وقال أبو حنيفة وأصحابه لاتزوج قرشية
الا من قرشى ولا عربية الا من عربى والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى مفهوم
قوله عليه الصلاة والسلام تنكح المرأة لدينها وجمالها ومالها وحسبها فاظفر بذات
الدين تربت يمينك فنهم من رأى ان الدين هو المعتبر فقط لقوله عليه الصلاة
والسلام فعليك بذات الدين تربت يمينك ومنهم من رأى ان الحسب فى ذلك هو
بمعنى الدين وكذلك المال وأنه لايخرج من ذلك الا ما أخرجه الاجماع وهو كون
الحسن ليس من الكفاءة وكل من يقول برد النكاح من العيوب يجعل الصحة منها
من الكفاءة وعلى هذا فيكون الحسن يعتبر لجهة مّا ولم يختلف المذهب أيضا ان
الفقر مما يوجب فسخ انكاح الاب ابنته البكر أعنى اذا كان فقيرا غير قادر على
النفقة عليها فالمال عنده من الكفاءة ولم ير ذلك أبو حنيفة وأما الحرية فلم يختلف
المذهب انها من الكفاءة لكون السنة الثابتة لتخيير الامة اذا عتقت وأما مهر المثل
فان مالكا والشافعى يريان انه ليس من الكفاءة وان للاب ان ينكح ابنته بأقل
من صداق المثل أعنى البكر وان الثيب الرشيدة اذا رضيت به لم يكن للاولياء مقال
وقال أبو حنيفة مهر المثل من الكفاءة وسبب اختلافهم أما فى الاب فلاختلافهم هل
له أن يضع من صداق ابنته البكر شيأ أم لا وأما فى الثيب فلاختلافهم هل ترتفع عليها
الولاية فى مقدار الصداق اذا كانت رشيدة كما ترتفع فى سائر تصرفاتها المالية أم ليس

ترتفع الولاية عن مقدار الصداق اذ كانت لا ترتفع عنها في التصرف في النكاح والصداق من أسبابه وقد كان هذا القول أخلق بمن يشترط الولاية ممن لم يشترطها لكن أتى الأمر بالعكس ويتعلق بأحكام الولاية مسئلة مشهورة وهي هل يجوز للولي أن ينكح وليته من نفسه أم لا يجوز ذلك فمنع ذلك الشافعي قياسا على الحاكم والشاهد أعني انه لا يحكم لنفسه ولا يشهد لنفسه وأجاز ذلك مالك ولا أعلم لمالك حجة في ذلك الا ما روى من انه عليه الصلاة والسلام تزوج أم سلمة بغير ولي لان ابنها كان صغيرا وما ثبت انه عليه الصلاة والسلام أعتق صفية فجعل صداقها عتقها والأصل عند الشافعي في أنكحة النبي عليه الصلاة والسلام انها على الخصوص حتى يدل الدليل على العموم لكثرة خصوصيته في هذا المعنى صلى الله عليه وسلم ولكن تردد قوله في الامام الاعظم

(الفصل الثاني في الشهادة)

واتفق أبو حنيفة والشافعي ومالك على ان الشهادة من شرط النكاح واختلفوا هل هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول أو شرط صحة يؤمر به عند العقد واتفقوا على انه لا يجوز نكاح السر واختلفوا اذا أشهد شاهدين ووصيا بالكتمان هل هو سر أو ليس بسر فقال مالك هو سر ويفسخ وقال أبو حنيفة والشافعي ليس بسر وسبب اختلافهم هل الشهادة في ذلك حكم شرعي أم انما المقصود منها سد ذريعة الاختلاف أو الانكار فمن قال حكم شرعي قال هي شرط من شروط الصحة ومن قال توثق قال من شروط التمام والأصل في هذا ما روى عن ابن عباس لا نكاح الا بشاهدي عدل وولي مرشد ولا مخالف له من الصحابة وكثير من الناس رأى هذا داخلا في باب الاجماع وهو ضعيف وهذا الحديث قد روى مرفوعا ذكره الدارقطني وذكر أن في سنده مجاهيل وأبو حنيفة ينعقد النكاح عنده بشهادة فاسقين لان المقصود عنده بالشهادة هو الاعلان فقط والشافعي يرى ان الشهادة تتضمن المعنيين أعني الاعلان والقبول ولذلك اشترط فيها العدالة وأما مالك فليس تتضمن عنده الاعلان اذا وصى الشاهدان بالكتمان وسبب اختلافهم هل ما تقع فيه الشهادة ينطلق عليه اسم السر أم لا والأصل في اشتراط الاعلان قول النبي عليه الصلاة والسلام أعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالدفوف خرجه أبو داود وقال عمر فيه هذا نكاح السر ولو

تقدمت فيه لرجت وقال أبو ثور وجماعة ليس الشهود من شرط النكاح لا شرط صحة ولا شرط تمام وفعل ذلك الحسن بن علي روى عنه انه تزوج بغير شهادة ثم أعلن بالنكاح

(الفصل الثالث فى الصداق)

والنظر فى الصداق فى ستة مواضع الاول فى حكمه وأركانه الموضع الثانى فى تقرر جميعه للزوجة الموضع الثالث فى تشطيره الموضع الرابع فى التفويض وحكمه الموضع الخامس الاصدقة الفاسدة وحكمها الموضع السادس فى اختلاف الزوجين فى الصداق

﴿ الموضع الأول ﴾ وهذا الموضع فيه أربع مسائل الأولى فى حكمه الثانية فى قدره الثالثة فى جنسه ووصفه الرابعة فى تأجيله

﴿ المسئلة الأولى ﴾ أما حكمه فانهم اتفقوا على انه شرط من شروط الصحة وانه لا يجوز التواطؤ على تركه لقوله تعالى (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) وقوله تعالى (فانكحوهن باذن أهلهن وآتوهن أجورهن)

﴿ المسئلة الثانية ﴾ وأما قدره فانهم اتفقوا على انه ليس لاكثره حد واختلفوا فى أقله فقال الشافعي وأحمد واسحق وأبو ثور وفقهاء المدينة من التابعين ليس لاقله حد وكل ما جاز أن يكون ثمنا وقيمة لشئ جاز أن يكون صداقا وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك وقال طائفة بوجوب تحديد أقله وهؤلاء اختلفوا فالمشهور فى ذلك مذهبان أحدهما مذهب مالك وأصحابه والثانى مذهب أبى حنيفة وأصحابه فأما مالك فقال أقله ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم كيلا من فضة أو ما ساوى الدراهم الثلاثة أعنى دراهم الكيل فقط فى المشهور وقيل أو ما يساوى أحدهما وقال أبو حنيفة عشرة دراهم أقله وقيل خمسة دراهم وقيل أربعون درهما وسبب اختلافهم فى التقدير سببان أحدهما تردده بين أن يكون عوضا من الاعواض يعتبر فيه التراضى بالقليل كان أو بالكثير كالحال فى البيوعات وبين ان يكون عبادة فيكون موقتا وذلك انه من جهة انه يملك به على المرأة منافعها على الدوام يشبه العوض ومن جهة انه لا يجوز التراضى على اسقاطه يشبه العبادة والسبب الثانى معارضة هذا القياس المقتضى

التحديد لمفهوم الأثر الذي لا يقتضي التحديد أما القياس الذي يقتضي التحديد
فهو كما قلنا انه عبادة والعبادات موقتة وأما الاثر الذي يقتضي مفهومه عدم التحديد
لحديث سهل بن سعد الساعدي المتفق على صحته وفيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
جاءته امرأة فقالت يارسول الله اني قد وهبت نفسي لك فقامت قياما طويلا فقام
رجل فقال يارسول الله زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة فقال رسول الله صلى الله
عليه وسلم هل معك من شئ تصدقها اياه فقال ماعندي الا ازاري فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم ان أعطيتها اياه جلست لا ازار لك فالتمس شيأ فقال لا أجد شيئا
فقال عليه الصلاة والسلام التمس ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيئا فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم هل معك شئ من القرآن قال نعم سورة كذا وسورة كذا السور
سماها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنكحتكها بما معك من القرآن قالوا
فقوله عليه الصلاة والسلام التمس ولو خاتما من حديد دليل على انه لا قدر لأقله لانه لو كان
له قدر لبينه اذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة وهذا استدلال بين كما ترى مع أن
القياس الذي اعتمده القائلون بالتحديد ليس تسلم مقدماته وذلك انه انبنى على
مقدمتين احداهما أن الصداق عبادة والثانية أن العبادة مؤقتة وفي كليهما نزاع
للخصم وذلك انه قد يلفى في الشرع من العبادات ماليست موقتة بل الواجب فيها هو
أقل ماينطلق عليه الاسم وأيضا فانه ليس فيه شبه العبادات خالصا وانما صار المرجحون
لهذا القياس على مفهوم الاثر لاحتمال أن يكون ذلك الاثر خاصا بذلك الرجل لقوله فيه
قد أنكحتكها بما معك من القرآن وهذا خلاف للاصول وان كان قد جاء في بعض
رواياته انه قال قم فعلمها لما ذكر انه معه من القرآن فقام فعلمها فجاء نكاحا باجارة
لكن لما التمسوا أصلا يقيسون عليه قدر الصداق لم يجدوا شيئا أقرب شبها به من
نصاب القطع على بعدما بينهما وذلك ان القياس الذي استعملوه في ذلك هو انهم قالوا
عضو مستباح بمال فوجب أن يكون مقدرا أصله القطع وضعف هذا القياس هو من
قبل ان الاستباحة فيهما هي مقولة باشتراك الاسم وذلك ان القطع غير الوطء وأيضا
فان القطع استباحة على جهة العقوبة والاذى ونقص خلقة وهذا استباحة على جهة
اللذة والمودة ومن شأن قياس الشبه على ضعفه ان يكون الذي به تشابه الفرع والاصل

شيئاواحدا لا باللفظ بل بالمعنى وأن يكون الحكم انما وجد للاصل من جهة الشبه وهذا
كله معدوم فى هذا القياس ومع هذا فانه من الشبه الذى لم ينبه عليه اللفظ وهذا النوع
من القياس مردود عند المحققين لكن لم يستعملوا هذا القياس فى اثبات التحديد
المقابل لمفهوم الحديث اذ هو فى غاية الضعف وانما استعملوه فى تعيين قدر التحديد
وأما القياس الذى استعملوه فى معارضة مفهوم الحديث فهو أقوى من هذا و يشهد
لعدم التحديد بما خرجه الترمذى ان امرأة تزوجت على نعلين فقال لها رسول الله
صلى الله عليه وسلم أرضيت من نفسك ومالك بنعلين فقالت نعم فجوز نكاحها وقال هو
حديث حسن صحيح ولما اتفق القائلون بالتحديد على قياسه على نصاب السرقة
اختلفوا فى ذلك بحسب اختلافهم فى نصاب السرقة فقال مالك هو ربع دينار أو ثلاثة
دراهم لانه النصاب فى السرقة عنده وقال أبو حنيفة هو عشرة دراهم لانه النصاب
فى السرقة عنده وقال ابن شبرمة هو خمسة دراهم لانه النصاب عنده أيضا فى السرقة
وقد احتجت الحنفية لكون الصداق محددا بهذا القدر بحديث يروونه عن جابر عن
النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال لا مهر بأقل من عشرة دراهم ولو كان هذا ثابتا
لكان رافعا لموضع الخلاف لانه كان يجب لموضع هذا الحديث ان يحمل حديث
سهل بن سعد على الخصوص لكن حديث جابر هذا ضعيف عند أهل الحديث فانه
يرويه قالوا مبشر بن عبيد عن الحجاج بن ارطاة عن عطاء عن جابر ومبشر والحجاج
ضعيفان وعطاء أيضا لم يلق جابرا ولذلك لا يمكن أن يقال ان هذا الحديث معارض
لحديث سهل بن سعد

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ أما جنسه فكل ما جاز أن يتملك وأن يكون عوضا واختلفوا من
ذلك فى مكانين فى النكاح بالاجارة وفى جعل عتق أمته صداقها أما النكاح على
الاجارة ففى المذهب فيه ثلاثة أقوال قول بالاجازة وقول بالمنع وقول بالكراهة
والمشهور عن مالك الكراهة ولذلك رأى فسخه قبل الدخول وأجازه من أصحابه
أصبغ وسحنون وهو قول الشافعى ومنعه ابن القاسم وأبو حنيفة الا فى العبد فان أبا
حنيفة أجازه وسبب اختلافهم سببان أحدهما هل شرع من قبلنا لازم لنا حتى
يدل الدليل على ارتفاعه أم الامر بالعكس فمن قال هو لازم أجازه لقوله تعالى
(انى أريد أن أنكحك احدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج) الآية

ومن قال ليس بلازم قال لا يجوز النكاح بالاجارة والسبب الثانى هل يجوز أن يقاس النكاح فى ذلك على الاجارة وذلك ان الاجارة هى مستثناة من بيوع الغرر المجهول ولذلك خالف فيها الاصم وابن علية وذلك ان أصل التعامل انما هو على عين معروفة ثابتة فى عين معروفة ثابتة والاجارة هى عين ثابتة فى مقابلتها حركات وأفعال غير ثابتة ولا مقدرة بنفسها ولذلك اختلف الفقهاء متى تجب الاجرة على المستأجر وأما كون العتق صداقا فانه منعه فقهاء الامصار ما عدا داود وأحمد وسبب اختلافهم معارضة الاثر الوارد فى ذلك للاصول أعنى ما ثبت من انه عليه الصلاة والسلام أعتق صفية وجعل عتقها صداقها مع احتمال ان يكون هذا خاصا به عليه الصلاة والسلام لكثرة اختصاصه فى هذا الباب ووجه مفارقته للاصول أن العتق ازالة ملك والازالة لا تتضمن استباحة الشئ بوجه آخر لانها اذا أعتقت ملكت نفسها فكيف يلزمها النكاح ولذلك قال الشافعى انها ان كرهت زواجه غرمت له قيمتها لانه رأى انها قد أتلفت عليه قيمتها اذ كان انما أتلفها بشرط الاستمتاع بها وهذا كله لا يعارض به فعله عليه الصلاة والسلام ولو كان غير جائز لغيره لبينه عليه الصلاة والسلام والاصل ان أفعاله لازمة لنا الا ما قام الدليل على خصوصيته وأما صفة الصداق فانهم اتفقوا على انعقاد النكاح على العرض المعين الموصوف أعنى المنضبط جنسه وقدره بالوصف واختلفوا فى العرض الغير موصوف ولا معين مثل ان يقول أنكحتكها على عبد أو خادم من غير ان يصف ذلك وصفا يضبط قيمته فقال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعى لا يجوز واذا وقع النكاح على هذا الوصف عند مالك كان لها الوسط مما سمى وقال أبو حنيفة يجبر على القيمة وسبب اختلافهم هل يجرى النكاح فى ذلك مجرى البيع من القصد فى التشاح أو ليس يبلغ ذلك المبلغ بل القصد منه أكثر ذلك المكارمة فمن قال يجرى فى التشاح مجرى البيع قال كما لا يجوز البيع على شئ غير موصوف كذلك لا يجوز النكاح ومن قال ليس يجرى مجراه اذ المقصود منه انما هو المكارمة قال يجوز وأما التأجيل فان قوما لم يجيزوه أصلا وقوم أجازوه واستحبوا أن يقدم شيأ منه اذا أراد الدخول وهو مذهب مالك والذين أجازوا التأجيل منهم من لم يجزه الا لزمن محدود وقدر هذا البعض وهو مذهب مالك ومنهم من أجازه لموت أو فراق وهو مذهب

الاوزاعى وسبب اختلافهم هل يشبه النكاح البيع فى التأجيل أو لا يشبهه فمن قال يشبهه لم يجز التأجيل لموت أو فراق ومن قال لا يشبهه أجاز ذلك ومن منع التأجيل فلكونه عبادة

﴿الموضع الثانى فى النظر فى التقرر﴾ واتفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول أو الموت أما وجوبه كله بالدخول فلقوله تعالى (وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيأ) الآية وأما وجوبه بالموت فلا أعلم الآن فيه دليلا مسموعا الا انعقاد الاجماع على ذلك واختلفوا هل من شرط وجوبه مع الدخول المسيس أم ليس ذلك من شرطه بل يجب بالدخول والخلوة وهو الذى يعنون بارخاء الستور فقال مالك والشافعى وداود لا يجب بارخاء الستور الا نصف المهر ما لم يكن المسيس وقال أبو حنيفة يجب المهر بالخلوة نفسها الا ان يكون محرما أو مريضا أو صائما فى رمضان أو كانت المرأة حائضا وقال ابن أبى ليلى يجب المهر كله بالدخول ولم يشترط فى ذلك شيأ وسبب اختلافهم فى ذلك معارضة حكم الصحابة فى ذلك لظاهر الكتاب وذلك أنه نص تبارك وتعالى فى المدخول بها المنكوحة انه ليس يجوز ان يؤخذ من صداقها شئ فى قوله تعالى (وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض) ونص فى المطلقة قبل المسيس ان لها نصف الصداق فقال تعالى (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) وهذا نص كما ترى فى حكم كل واحدة من هاتين الحالتين أعنى قبل المسيس و بعد المسيس ولا وسط بينهما فوجب بهذا ايجابا ظاهرا أن الصداق لا يجب الا بالمسيس والمسيس ههنا الظاهر من أمره انه الجماع وقد يحتمل ان يحمل على أصله فى اللغة وهو المس ولعل هذا هو الذى تأولت الصحابة ولذلك قال مالك فى العنين المؤجل انه قد وجب لها الصداق عليه اذا وقع الطلاق لطول مقامه معها فجعل له دون الجماع تأثيرا فى ايجاب الصداق وأما الاحكام الواردة فى ذلك عن الصحابة فهو ان من أغلق بابا أو أرخى سترا فقد وجب عليه الصداق لم يختلف عليهم فى ذلك فيما حكوا واختلفوا من هذا الباب فى فرع وهو اذا اختلفا فى المسيس أعنى القائلين باشتراط المسيس وذلك مثل أن تدعى هى المسيس و ينكر هو فالمشهور عن مالك أن القول قولها

وقيل ان كان دخول بناء صدقت وان كان دخول زيارة لم تصدق وقيل ان كانت بكرا نظر اليها النساء فيتحصل فيها فى المذهب ثلاثة أقوال وقال الشافعى وأهل الظاهر القول قوله وذلك لانه مدعى عليه ومالك ليس يعتبر فى وجوب اليمين على المدعى عليه من جهة ماهو مدعى عليه بل من جهة ماهو أقوى شبهة فى الا كثر ولذلك يجعل القول فى مواضع كثيرة قول المدعى اذا كان أقوى شبهة وهذا الخلاف يرجع الى هل ايجاب اليمين على المدعى عليه معلل أو غير معلل وكذلك القول فى وجوب البينة على المدعى وسيأتى هذا فى مكانه

﴿الموضع الثالث فى التشطير﴾ واتفقوا اتفاقا مجملا انه اذا طلق قبل الدخول وقد فرض صداقا انه يرجع عليها بنصف الصداق لقوله تعالى (فنصف مافرضتم) الآية والنظر فى التشطير فى أصول ثلاثة فى محله من الانكحة وفى موجبه من أنواع الطلاق أعنى الواقع قبل الدخول وفى حكم مايعرض له من التغييرات قبل الطلاق أما محله من النكاح عند مالك فهو النكاح الصحيح أعنى ان يكون يقع الطلاق الذى قبل الدخول فى النكاح الصحيح وأما النكاح الفاسد فان لم تكن الفرقة فيه فسخا وطلق قبل الفسخ ففى ذلك قولان وأما موجب التشطير فهو الطلاق الذى يكون باختيار من الزوج لا باختيار منها مثل الطلاق الذى يكون من قبل قيامها بعيب يوجد فيه واختلفوا من هذا الباب فى الذى يكون سببه قيامها عليه بالصداق أو النفقة مع عسره ولا فرق بينه و بين القيام بالعيب وأما الفسوخ التى ليست طلاقا فلا خلاف انها ليست توجب التشطير اذا كان فيها الفسخ من قبل العقد أو من قبل الصداق وبالجلة من قبل عدم موجبات الصحة وليس لها فى ذلك اختيار أصلا وأما الفسوخ الطارئة على العقد الصحيح مثل الردة والرضاع فان لم يكن لاحدهما فيه اختيار أو كان لها دونه لم يوجب التشطير وان كان له فيه اختيار مثل الردة أوجب التشطير والذى يقتضيه مذهب أهل الظاهر ان كل طلاق قبل البناء فواجب أن يكون فيه التنصيف سواء كان من سببها أو سببه وان ما كان فسخا ولم يكن طلاقا فلا تنصيف فيه وسبب الخلاف هل هذه السنة معقولة المعنى أم ليست بمعقولة فمن قال انها معقولة المعنى وانه انما وجب لها نصف الصداق عوض ما كان لها من الجبر على رد سلعتها وأخذ الثمن كالحال فى المشترى فلما فارق النكاح

في هذا المعنى البيع جعل لها هذا عوضا من ذلك الحق قال اذا كان الطلاق من سببها لم يكن لها شئ لانها أسقطت ما كان لها من جبره على دفع الثمن وقبض السلعة ومن قال انها سنة غير معقولة واتبع ظاهر اللفظ قال يلزم التشطير في كل طلاق كان من سببه أو سببها فاما حكم ما يعرض للصداق من التغييرات قبل الطلاق فان ذلك لا يخلو أن يكون من قبلها أو من الله فما كان من قبل الله فلا يخلو من أربعة أوجه اما أن يكون تلفا للكل واما أن يكون نقصا واما أن يكون زيادة واما أن يكون زيادة ونقصانا معا وما كان من قبلها فلا يخلو أن يكون تصرفها فيه بتفويت مثل البيع والعتق والهبة أو يكون تصرفها فيه في منافعها الخاصة بها أو فيما تتجهز به الى زوجها فعند مالك انهما في التلف وفي الزيادة وفي النقصان شريكان وعند الشافعي انه يرجع في النقصان والتلف عليها بالنصف ولا يرجع بنصف الزيادة وسبب اختلافهم هل تملك المرأة الصداق قبل الدخول أو الموت ملكا مستقرا أو لا تملكه فمن قال انها لا تملكه ملكا مستقرا قال هما فيه شريكان ما لم تتعد فتدخله في منافعها ومن قال تملكه ملكا مستقرا والتشطير حق واجب تعين عليها عند الطلاق وبعد استقرار الملك أوجب الرجوع عليها بجميع ما ذهب عندها ولم يختلفوا انها اذا صرفته في منافعها ضامنة للنصف واختلفوا اذا اشترت به ما يصلحها للجهاز مما جرت به العادة هل يرجع عليها بنصف ما اشترته أم بنصف الصداق الذي هو الثمن فقال مالك يرجع عليها بنصف ما اشترته وقال أبو حنيفة والشافعي يرجع عليها بنصف الثمن الذي هو الصداق واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور متعلق بالسماع وهو هل للاب أن يعفو عن نصف الصداق في ابنته البكر أعني اذا طلقت قبل الدخول وللسيد في أمته فقال مالك ذلك له وقال أبو حنيفة والشافعي ليس ذلك له وسبب اختلافهم هو الاحتمال الذي في قوله تعالى (الا ان يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) وذلك في لفظة يعفو فانها تقال في كلام العرب مرة بمعنى يسقط ومرة بمعنى يهب وفي قوله الذي بيده عقدة النكاح على من يعود هذا الضمير هل على الولي أو على الزوج فمن قال على الزوج جعل يعفو بمعنى يهب ومن قال على الولي جعل يعفو بمعنى يسقط وشذ قوم فقالوا لكل ولي أن يعفو عن نصف الصداق الواجب للمرأة ويشبه أن يكون هذان الاحتمالان

اللذان فى الآية على السواء لكن من جعله الزوج فلم يوجب حكما زائدا فى الآية أى شرعا زائدا الان جواز ذلك معلوم من ضرورة الشرع ومن جعله الولى اما الاب واما غيره فقد زاد شرعا فلذلك يجب عليه أن يأتى بدليل يبين به أن الآية أظهر فى الولى منها فى الزوج وذلك شئ يعسر والجمهور على أن المرأة الصغيرة والمحجورة ليس لها أن تهب من صداقها النصف الواجب لها وشذ قوم فقالوا يجوز أن تهب مصير العموم قوله تعالى (الا أن يعفون) واختلفوا من هذا الباب فى المرأة اذا وهبت صداقها لزوجها ثم طلقت قبل الدخول فقال مالك ليس يرجع عليها بشئ وقال الشافعى يرجع عليها بنصف الصداق وسبب الخلاف هل النصف الواجب للزوج بالطلاق هو فى عين الصداق أو فى ذمة المرأة فمن قال فى عين الصداق قال لا يرجع عليها بشئ لانه قبض الصداق كله ومن قال هو فى ذمة المرأة قال يرجع وان وهبته له كما لو وهبت له غير ذلك من مالها وفرق أبو حنيفة فى هذه المسئلة بين القبض ولا قبض فقال ان قبضت فله النصف وان لم تقبض حتى وهبت فليس له شئ كانه رأى ان الحق فى العين مالم تقبض فاذا قبضت صار فى الذمة

﴿الموضع الرابع فى التفويض﴾ وأجمعوا على أن نكاح التفويض جائز وهو أن يعقد النكاح دون صداق لقوله تعالى (لا جناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة) واختلفوا من ذلك فى موضعين أحدهما اذا طلبت الزوجة فرض الصداق واختلفا فى القدر الموضع الثانى اذا مات الزوج ولم يفرض هل لها صداق أم لا

﴿فاما المسئلة الاولى﴾ وهى اذا قامت المرأة تطلب أن يفرض لها مهرا فقالت طائفة يفرض لها مهر مثلها وليس للزوج فى ذلك خيار فان طلق بعد الحكم فمن هؤلاء من قال لها نصف الصداق ومنهم من قال ليس لها شئ لان أصل الفرض لم يكن فى عقدة النكاح وهو قول أبى حنيفة وأصحابه وقال مالك وأصحابه الزوج بين خيارات ثلاث اما ان يطلق ولا يفرض واما ان يفرض ما تطلبه المرأة به واما ان يفرض صداق المثل ويلزمها وسبب اختلافهم أعنى بين من يرجب مهر المثل من غير خيار للزوج اذا طلق بعد طلبها الفرض ومن لا يوجب اختلافهم فى مفهوم قوله تعالى

(لاجناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن أوتفرضوا لهن فريضة) هل هذا محمول على العموم فى سقوط الصداق سواء كان سبب الطلاق اختلافهم فى فرض الصداق أولم يكن الطلاق سببه الخلاف فى ذلك وأيضا فهل يفهم من رفع الجناح عن ذلك سقوط المهر فى كل حال أولا يفهم ذلك فيه احتمال وان كان الاظهر سقوطه فى كل حال لقوله تعالى (ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) ولا خلاف أعلمه فى انه اذا طلق ابتداء انه ليس عليه شئ وقد كان يجب على من أوجب لها المتعة مع شطر الصداق اذا طلق قبل الدخول فى نكاح غير التفويض وأوجب لها مهر المثل فى نكاح التفويض أن يوجب لها مع المتعة فيه شطر مهر المثل لان الآية لم تتعرض بمفهومها لاسقاط الصداق فى نكاح التفويض وانما تعرضت لاباحة الطلاق قبل الفرض فان كان يوجب نكاح التفويض مهر المثل اذا طلب فواجب أن يتشطر اذا وقع الطلاق كما يتشطر فى المسمى ولهذا قال مالك انه ليس يلزم فيه مهر المثل مع خيار الزوج

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ وهى اذا مات الزوج قبل تسمية الصداق وقبل الدخول بها فان مالكا وأصحابه والاوزاعى قالوا ليس لها صداق ولها المتعة والميراث وقال أبو حنيفة لها صداق المثل والميراث وبه قال أحمد وداود وعن الشافعى القولان جميعا الا أن المنصور عند أصحابه هو مثل قول مالك وسبب اختلافهم معارضة القياس للاثر أما الاثر فهو ماروى عن ابن مسعود انه سئل عن هذه المسئلة فقال أقول فيها برأيى فان كان صوابا فمن الله وان كان خطأ فمنى أرى لها صداق امرأة من نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن يسار الاشجعى فقال أشهد لقضيت فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بروع بنت واشق خرّجه أبو داود والنسائى والترمذى وصححه وأما القياس المعارض لهذا فهو أن الصداق عوض فلما لم يقبض المعوض لم يجب العوض قياسا على البيع وقال المزنى عن الشافعى فى هذه المسئلة ان ثبت حديث بروع فلا حجة فى قول أحد مع السنة والذى قاله هو الصواب والله أعلم

﴿الموضع الخامس فى الاصدقة الفاسدة﴾ والصداق يفسد اما لعينه واما لصفة فيه من

جهل أو عذر فالذى يفسد لعينه فمثل الخمر والخنزير وما لا يجوز أن يملك والذى يفسد من قبل العذر والجهل فالاصل فيه تشبيهه بالبيوع وفى ذلك خمس مسائل مشهورة

﴿المسئلة الاولى﴾ اذا كان الصداق خمرا أو خنزيرا أو ثمرة لم يبد صلاحها أو بعيرا شاردا فقال أبو حنيفة العقد صحيح اذا وقع وفيه مهر المثل وعن مالك فى ذلك روايتان احداهما فساد العقد وفسخه قبل الدخول و بعده وهو قول أبى عبيد والثانية انه ان دخل ثبت ولها صداق المثل وسبب اختلافهم هل حكم النكاح فى ذلك حكم البيع أم ليس كذلك فمن قال حكمه حكم البيع قال يفسد النكاح بفساد الصداق كما يفسد البيع بفساد الثمن ومن قال ليس من شرط صحة عقد النكاح صحة الصداق بدليل أن ذكر الصداق ليس شرطا فى صحة العقد قال يمضى النكاح ويصحح بصداق المثل والفرق بين الدخول وعدمه ضعيف. والذى تقتضيه أصول مالك أن يفرق بين الصداق المحرم العين وبين المحرم لصفة فيه قياسا على البيع ولست أذكر الآن فيه نصا

﴿المسئلة الثانية﴾ واختلفوا اذا اقترن بالمهر بيع مثل أن تدفع اليه عبدا ويدفع ألف درهم عن الصداق وعن ثمن العبد ولا يسمى الثمن من الصداق فمنعه مالك وابن القاسم وبه قال أبو ثور وأجازه أشهب وهو قول أبى حنيفة وفرق عبد الله فقال ان كان الباقى بعد البيع ربع دينار فصاعدا بامر لا يشك فيه جاز واختلف فيه قول الشافعى فمرة قال ذلك جائز ومرة قال فيه مهر المثل وسبب اختلافهم هل النكاح فى ذلك شبيه بالبيع أم ليس بشبيه فمن شبهه فى ذلك بالبيع منعه ومن جوز فى النكاح من الجهل ما لا يجوز فى البيع قال يجوز

﴿المسئلة الثالثة﴾ واختلف العلماء فيمن نكح امرأة واشترط عليه فى صداقها حباء يحابى به الاب على ثلاثة أقوال فقال أبو حنيفة وأصحابه الشرط لازم والصداق صحيح وقال الشافعى المهر فاسد ولها صداق المثل وقال مالك اذا كان الشرط عند النكاح فهو لابنته وان كان بعد النكاح فهو له وسبب اختلافهم تشبيه النكاح فى ذلك بالبيع فمن شبهه بالوكيل يبيع السلعة ويشترط لنفسه حباء قال لا يجوز النكاح كما لا يجوز البيع ومن جعل النكاح فى ذلك مخالفا للبيع قال يجوز وأما تفريق مالك فلانه اتهمه اذا كان الشرط فى عقد النكاح ان يكون ذلك الذى اشترطه لنفسه نقصانا

من صداق مثلها ولم يتهمه اذا كان بعد انعقاد النكاح والاتفاق على الصداق وقول مالك هو قول عمر بن عبد العزيز والثورى وأبى عبيد وخرج النسائى وأبو داود وعبد الرازق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة نكحت على حباء قبل عصمة النكاح فهو لها وما كان بعد عصمة النكاح فهو لمن أعطيه وأحق ما أكرم الرجل عليه ابنته وأخته وحديث عمرو بن شعيب مختلف فيه من قبل انه صحيفة ولكنه نص فى قول مالك وقال أبو عمر بن عبد البر اذا رواه الثقات وجب العمل به

﴿المسئلة الرابعة﴾ واختلفوا فى الصداق يستحق أو يوجد به عيب فقال الجمهور النكاح ثابت واختلفوا هل ترجع بالقيمة أو بالمثل أو بمهر المثل واختلف فى ذلك قول الشافعى فقال مرة بالقيمة وقال مرة بمهر المثل وكذلك اختلف المذهب فى ذلك فقيل ترجع بالقيمة وقيل ترجع بالمثل قال أبو الحسن اللخمى ولو قيل ترجع بالاقل من القيمة أو صداق المثل لكان ذلك وجها وشذ سحنون فقال النكاح فاسد ومبنى الخلاف هل شبه النكاح فى ذلك البيع أولا يشبهه فمن شبهه قال ينفسخ ومن لم يشبهه قال لا يفسخ

﴿المسئلة الخامسة﴾ واختلفوا فى الرجل ينكح المرأة على ان الصداق ألف ان لم يكن له زوجة وان كانت له زوجة فالصداق ألفان فقال الجمهور بجوازه واختلفوا فى الواجب فى ذلك فقال قوم الشرط جائز ولها من الصداق بحسب ما اشترط وقالت طائفة لها مهر المثل وهو قول الشافعى وبه قال أبو ثور الا انه قال ان طلقها قبل الدخول لم يكن لها الا المتعة وقال أبو حنيفة ان كانت له امرأة فلها ألف درهم وان لم تكن له امرأة فلها مهر مثلها ما لم يكن أكثر من الالفين أو أقل من الالف ويتخرج فى هذا قول ان النكاح مفسوخ لمكان الغرر ولست أذكر الان نصا فيها فى المذهب فهذه مشهور مسائلهم فى هذا الباب وفروعه كثيرة واختلفوا فيما يعتبر به مهر المثل اذا قضى به فى هذه المواضع وما أشبهها فقال مالك يعتبر فى جمالها ونصابها (٧) ومالها وقال الشافعى يعتبر بنساء عصبتها فقط وقال أبو حنيفة يعتبر فى ذلك نساء قرابتها من العصبة

(٧) قوله ونصابها هكذا فى النسخ ولعله ومنصبها فتأمل اه مصححه

وغيرهم ومبنى الخلاف هل المماثلة فى المنصب فقط أو فى المنصب والمال والجمال لقوله
عليه الصلاة والسلام تنكح المرأة لدينها وجمالها وحسبها الحديث
﴿الموضع السادس فى اختلاف الزوجين فى الصداق﴾ واختلافهم لا يخلو أن يكون
فى القبض أو فى القدر أو فى الجنس أو فى الوقت أعنى وقت الوجوب فأما اذا اختلفا
فى القدر فقالت المرأة مثلا بمائتين وقال الزوج بمائة فان الفقهاء اختلفوا فى ذلك
اختلافا كثيرا فقال مالك انه ان كان الاختلاف قبل الدخول وأتى الزوج بما يشبه
أنهما يتحالفان و يتفاسخان وان حلف أحدهما و نكل الآخر كان القول قول
الحالف وان نكلا جميعا كان بمنزلة ما اذا حلفا جميعا ومن أتى بما يشبه منهما كان
القول قوله وان كان الاختلاف بعد الدخول فالقول قول الزوج وقالت طائفة القول
قول الزوج مع يمينه و به قال أبو ثور وابن أبى ليلى وابن شبرمة وجماعة وقالت طائفة
القول قول الزوجة الى مهر مثلها وقول الزوج فيما زاد على مهر مثلها وقالت طائفة
اذا اختلفا تحالفا ورجع الى مهر المثل ولم تر الفسخ كمالك وهو مذهب الشافعى والثورى
وجماعة وقد قيل انها ترد الى صداق المثل دون يمين ما لم يكن صداق المثل أكثر مما
ادعت وأقل مما ادعى هو واختلافهم مبنى على اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة
والسلام البينة على من ادعى واليمين على من أنكر هل ذلك معلل أو غير معلل فمن قال
معلل قال يحلف أبدا أقواهما شبهة فان استويا تحالفا وتفاسخا ومن قال غير معلل قال
يحلف الزوج لأنها تقر له بالنكاح وجنس الصداق وتدعى عليه قدرا زائدا فهو مدعى
عليه وقيل أيضا يتحالفان أبدا لأن كل واحد منهما مدعى عليه وذلك عند من لم يراع
الاشباه والخلاف فى ذلك فى المذهب ومن قال القول قولها الى مهر المثل والقول
قوله فيما زاد على مهر المثل رأى أنهما لا يستويان أبدا فى الدعوى بل يكون أحدهما
ولا بد اقوى شبهة وذلك انه لا يخلو دعواها من أن يكون فيما يعادل صداق مثلها
فما دونه فيكون القول قولها أو يكون فيما فوق ذلك فيكون القول قوله
وسبب اختلاف مالك والشافعى فى التفاسخ بعد التحالف والرجوع الى صداق
المثل هو هل يشبه النكاح بالبيع فى ذلك أم ليس يشبهه فمن قال يشبهه قال
بالتفاسخ ومن قال لا يشبهه لأن الصداق ليس من شرط صحة العقد قال
بصداق المثل بعد التحالف وكذلك من زعم من أصحاب مالك أنه لا يجوز لهما بعد

التحالف أن يتراضيا على شئ ولا أن يرجع أحدهما الى قول الآخر ويرضى به فهو في غاية الضعف ومن ذهب الى هذا فانما يشبه باللعان وهو تشبيه ضعيف مع أن وجود هذا الحكم للعان مختلف فيه وأما اذا اختلفا في القبض فقالت الزوجة لم أقبض وقال الزوج قد قبضت فقال الجمهور القول قول المرأة الشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور وقال مالك القول قولها قبل الدخول والقول قوله بعد الدخول وقال بعض أصحابه انما قال ذلك مالك لأن العرف بالمدينة كان عندهم أن لا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق فان كان بلد ليس فيه هذا العرف كان القول قولها أبدا والقول بأن القول قولها أبدا أحسن لانها مدعى عليها ولكن مالك راعى قوة الشبهة التي له اذا دخل بها الزوج واختلف أصحاب مالك اذا طال الدخول هل يكون القول قوله بيمين أو بغير يمين وبيمين أحسن وأما اذا اختلفا في جنس الصداق فقال هو مثلا زوجتك على هذا العبد وقالت هي زوجتك على هذا الثوب فالمشهور في المذهب أنهما يتحالفان ويتفاسخان ان كان الاختلاف قبل البناء وان كان بعد البناء ثبت وكان لها صداق المثل مالم يكن أكثر مما ادعت أو أقل مما اعترف به وقال ابن القصار يتحالفان قبل الدخول والقول قول الزوج بعد الدخول وقال أصبغ القول قول الزوج ان كان يشبه سواء أشبه قولهما أو لم يشبه فان لم يشبه قول الزوج فان كان قولها مشبها كان القول قولها وان لم يكن قولها مشبها تحالفا وكان لها صداق المثل وقول الشافعي في هذه المسئلة مثل قوله عند اختلافهم في القدر أعني يتحالفان ويتراجعان الى مهر المثل وسبب قول الفقهاء بالتفاسخ في البيع ستعرف أصله في كتاب البيوع ان شاء الله وأما اختلافهم في الوقت فانه يتصور في الكالئ والذي يجيء على أصل قول مالك فيه في المشهور عنه ان القول في الأجل قول الغارم قياسا على البيع وفيه خلاف ويتصور أيضا في يجب هل قبل الدخول أو بعده فمن شبه النكاح بالبيوع قال لا يجب الا بعد الدخول قياسا على البيع اذ لا يجب الثمن على المشتري الا بعد قبض السلعة ومن رأى أن الصداق عبادة يشترط في الحلية قال يجب قبل الدخول ولذلك استحب مالك أن يقدم الزوج قبل الدخول شيأ من الصداق

﴿الركن الثالث في معرفة محل العقد﴾ وكل امرأة فانها تحل في الشرع بوجهين اما بنكاح أو بملك يمين والموانع الشرعية بالجملة تنقسم أولا الى قسمين موانع مؤبدة وموانع

غير مؤبدة والموانع المؤبدة تنقسم الى متفق عليها ومختلف فيها فالمتفق عليها ثلاث نسب وصهر ورضاع والمختلف فيها الزنا واللعان والغير مؤبدة تنقسم الى تسعة أحدها مانع العدد والثانى مانع الجمع والثالث مانع الرق والرابع مانع الكفر والخامس مانع الاحرام والسادس مانع المرض والسابع مانع العدة على اختلاف فى عدم تأبيده والثامن مانع التطليق ثلاثا للطلق. والتاسع مانع الزوجية فالموانع الشرعية بالجملة أربعة عشر مانعا ففى هذا الباب أربعة عشر فصلا

(الفصل الاول فى مانع النسب)

واتفقوا على أن النساء اللاتى يحرمن من قبل النسب السبع المذكورات فى القرآن الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات و بنات الأخ و بنات الأخت واتفقوا على أن الأم ههنا اسم لكل أنثى لها عليك ولادة من جهة الام أو من جهة الأب والبنت اسم لكل أنثى لك عليها ولادة من قبل الابن أو من قبل البنت أو مباشرة وأما الاخت فهى اسم لكل أنثى شاركتك فى أحد أصليك أو مجموعيهما أعنى الأب أو الأم أو كليهما والعمة اسم لكل أنثى هى أخت لأبيك أو لكل ذكر له عليك ولادة وأما الخالة فهى اسم لأخت أمك أو أخت كل أنثى لها عليك ولادة و بنات الأخ اسم لكل أنثى لأخيك عليها ولادة من قبل أمها أو من قبل أبيها أو مباشرة و بنات الأخت اسم لكل أنثى لأختك عليها ولادة مباشرة أو من قبل أمها أو من قبل أبيها فهؤلاء الأعيان السبع محرمات ولا خلاف أعلمه فى هذه الجملة والأصل فيها قوله تعالى (حرمت عليكم) الى آخر الآية وأجمعوا على أن النسب الذى يحرم الوطء بنكاح يحرم الوطء بملك اليمين

(الفصل الثانى فى المصاهرة)

وأما المحرمات بالمصاهرة فانهن أربع زوجات الآباء والأصل فيه قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) الآية وزوجات الأبناء والأصل فى ذلك أيضا قوله تعالى (وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم) وأمهات النساء أيضا والأصل فى ذلك قوله تعالى (وأمهات نسائكم) و بنات الزوجات والاصل فيه قوله تعالى

(وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن) فهؤلاء الأربع اتفق المسلمون على تحريم اثنين منهن بنفس العقد وهو تحريم زوجات الآباء والأبناء وواحدة بالدخول وهى ابنة الزوجة واختلفوا منها فى موضعين أحدهما هل من شرطها أن تكون فى حجر الزوج والثانية هل تحرم بالمباشرة للام للذة أو بالوطء وأما أم الزوجة فانهم اختلفوا هل تحرم بالوطء أو بالعقد على البنت فقط واختلفوا أيضا من هذا الباب فى مسئلة رابعة وهى هل يوجب الزنا من هذا التحريم ما يوجبه النكاح الصحيح أو النكاح بشبهة فهنا أربع مسائل

﴿ المسئلة الأولى ﴾ وهى هل من شرط تحريم بنت الزوجة أن تكون فى حجر الزوج أم ليس ذلك من شرطه فان الجمهور على أن ذلك ليس من شرط التحريم وقال داود ذلك من شرطه ومبنى الخلاف هل قوله تعالى (اللاتى فى حجوركم) وصف له تأثير فى الحرمة أو ليس له تأثير وانما خرج مخرج الموجود الأكثر فمن قال خرج مخرج الموجود الأكثر وليس هو شرطا فى الربائب اذ لا فرق فى ذلك بين التى فى حجره أو التى ليست فى حجره قال تحرم الربيبة باطلاق ومن جعله شرطا غير معقول المعنى قال لا تحريم الا اذا كانت فى حجره

﴿ المسئلة الثانية ﴾ وأما هل تحرم البنت بمباشرة الأم فقط أو بالوطء فانهم اتفقوا على أن حرمتها بالوطء واختلفوا فيما دون الوطء من اللمس والنظر الى الفرج لشهوة أو لغير شهوة هل ذلك يحرم أم لا فقال مالك والثورى وأبو حنيفة والاوزاعى والليث بن سعد ان اللمس لشهوة يحرم الأم وهو أحد قولى الشافعى وقال داود والمزنى لا يحرمها الا الوطء وهو أحد قولى الشافعى المختار عنده والنظر عند مالك كاللمس اذا كان نظر تلذذ الى أى عضو كان وفيه عنه خلاف ووافقه أبو حنيفة فى النظر الى الفرج فقط وحمل الثورى النظر محمل اللمس ولم يشترط اللذة وخالفهم فى ذلك ابن أبى ليلى والشافعى فى أحد قوليه فلم يوجب فى النظر شيأ وأوجب فى اللمس ومبنى الخلاف هل المفهوم من اشتراط الدخول فى قوله تعالى (اللاتى دخلتم بهن) الوطء أو التلذذ بما دون الوطء فان كان التلذذ فهل يدخل فيه النظر أم لا

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ وأما الأم فذهب الجمهور من كافة فقهاء الأمصار الى أنها تحرم

بالعقد على البنت دخل بها أولم يدخل وذهب قوم الى أن الأم لاتحرم الا بالدخول على البنت كالحال فى البنت أعنى أنها لاتحرم الا بالدخول على الأم وهو مروى عن علىّ وابن عباس رضى الله عنهما من طرق ضعيفة ومبنى الخلاف هل الشرط فى قوله تعالى (اللاتى دخلتم بهن) يعود الى أقرب مذكور وهم الربائب فقط أوالى الربائب والأمهات المذكورات قبل الربائب فى قوله تعالى (وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن) فانه يحتمل أن يكون قوله اللاتى دخلتم بهن يعود على الامهات والبنات ويحتمل أن يعود الى أقرب مذكور وهم البنات ومن الحجة للجمهور ماروى المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى عليه الصلاة والسلام قال أيما رجل نكح امرأة فدخل بها أولم يدخل فلا تحل له أمها

﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ فاختلفوا فى الزنا هل يوجب من التحريم فى هؤلاء مايوجب الوطء فى نكاح صحيح أو بشبهة أعنى الذى يدرأ فيه الحد فقال الشافعى الزنا بالمرأة لايحرم نكاح أمها ولا ابنتها ولا نكاح أبى الزانى لها ولا ابنه وقال أبو حنيفة والثورى والاوزاعى يحرم الزنا مايحرم النكاح وأما مالك ففى الموطأ عنه مثل قول الشافعى أنه لايحرم وروى عنه ابن القاسم مثل قول أبى حنيفة أنه يحرم وقال سحنون أصحاب مالك يخالفون ابن القاسم فيها ويذهبون الى مافى الموط وقد روى عن الليث أن الوطء بشبهة لايحرم وهو شاذ وسبب الخلاف الاشتراك فى اسم النكاح أعنى فى دلالته فى المعنى الشرعى واللغوى فمن راعى الدلالة اللغوية فى قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم) قال يحرم الزنا ومن راعى الدلالة الشرعية قال لايحرم الزنا ومن علل هذا الحكم بالحرمة التى بين الأم والبنت وبين الاب والابن قال يحرم الزنا أيضا ومن شبهه بالنسب قال لايحرم لاجماع الأكثر على أن النسب لايلحق بالزنا واتفقوا فيما حكى ابن المنذر على أن الوطء بملك اليمين يحرم منه مايحرم الوطء بالنكاح واختلفوا فى تأثير المباشرة فى ملك اليمين كما اختلفوا فى النكاح

(الفصل الثالث فى مانع الرضاع)

واتفقوا على أن الرضاع بالجملة يحرم منه مايحرم من النسب أعنى أن المرضعة تنزل

منزلة الأم فتحرم على المرضع هى وكل من يحرم على الابن من قبل أم النسب واختلفوا من ذلك فى مسائل كثيرة القواعد منها تسع احداها فى مقدار المحرم من اللبن والثانية فى سن الرضاع والثالثة فى حال المرضع فى ذلك الوقت عند من يشترط للرضاع المحرم وقتا خاصا والرابعة هل يعتبر فيه وصوله برضاع والتقام الثدى أولا يعتبر والخامسة هل يعتبر فيه المخالطة أم لا يعتبر والسادسة هل يعتبر فيه الوصول من الحلق أولا يعتبر والسابعة هل ينزل صاحب اللبن أعنى الزوج من المرضع منزلة أب وهو الذى يسمونه لبن الفحل أم ليس ينزل منه بمنزلة أب والثامنة الشهادة على الرضاع والتاسعة صفة المرضعة.

﴿ المسئلة الاولى ﴾ أما مقدار المحرم من اللبن فان قوما قالوا فيه بعدم التحديد وهو مذهب مالك وأصحابه وروى عن على وابن مسعود وهو قول ابن عمر وابن عباس وهؤلاء يحرم عندهم أى قدر كان وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثورى والأوزاعى وقالت طائفة بتحديد القدر المحرم وهؤلاء انقسموا ثلاث فرق فقالت طائفة لا تحرم المصة ولا المصتان وتحرم الثلاث رضعات فما فوقها وبه قال أبو عبيد وأبو ثور وقالت طائفة المحرم خمس رضعات وبه قال الشافعى وقالت طائفة عشر رضعات والسبب فى اختلافهم فى هذه المسئلة معارضة عموم الكتاب للاحاديث الواردة فى التحديد ومعارضة الأحاديث فى ذلك بعضها بعضا فاما عموم الكتاب فقوله تعالى (وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم) الآية وهذا يقتضى ما ينطلق عليه اسم الارضاع والاحاديث المتعارضة فى ذلك راجعة الى حديثين فى المعنى أحدهما حديث عائشة وما فى معناه أنه قال عليه السلام لا تحرم المصة ولا المصتان أو الرضعة والرضعتان خرجه مسلم من طريق عائشة ومن طريق أم الفضل ومن طريق ثالث وفيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان والحديث الثانى حديث سهلة فى سالم أنه قال لها النبى صلى الله عليه وسلم أرضعيه خمس رضعات وحديث عائشة فى هذا المعنى أيضا قالت كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات ثم نسخن بخمس معلومات فتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن مما يقرأ من القرآن فمن رجح ظاهر القرآن على هذه الاحاديث قال تحرم المصة والمصتان ومن جعل

الاحاديث مفسرة للآية وجمع بينها وبين الآية ورجح مفهوم دليل الخطاب فى قوله عليه السلام لاتحرم المصة ولا المصتان على مفهوم دليل الخطاب فى حديث سالم قال الثلاثة فمافوقها هى التى تحرم وذلك أن دليل الخطاب فى قوله لاتحرم المصة ولا المصتان يقتضى أن مافوقها يحرم ودليل الخطاب فى قوله أرضعيه خمس رضعات يقتضى أن مادونها لايحرم والنظر فى ترجيح أحد دليلى الخطاب

﴿ المسئلة الثانية ﴾ واتفقوا على أن الرضاع يحرم فى الحولين واختلفوا فى رضاع الكبير فقال مالك وأبو حنيفة والشافعى وكافة الفقهاء لايحرم رضاع الكبير وذهب داود وأهل الظاهر الى أنه يحرم وهو مذهب عائشة ومذهب الجمهور هو مذهب ابن مسعود وابن عمر وأبى هريرة وابن عباس وسائر أزواج النبى عليه السلام وسبب اختلافهم تعارض الآثار فى ذلك وذلك انه ورد فى ذلك حديثان أحدهما حديث سالم وقد تقدم والثانى حديث عائشة خرجه البخارى ومسلم قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم وعندى رجل فاشتد ذلك عليه ورأيت الغضب فى وجهه فقلت يارسول الله انه أخى من الرضاعة فقال عليه الصلاة والسلام انظرن من اخوانكن من الرضاعة فان الرضاعة من المجاعة فمن ذهب الى ترجيح هذا الحديث قال لايحرم اللبن الذى لايقوم للرضع مقام الغذاء الاأن حديث سالم نازلة فى عين وكان سائر أزواج النبى صلى الله عليه وسلم يرون ذلك رخصة لسالم ومن رجح حديث سالم وعلل حديث عائشة بأنها لم تعمل به قال يحرم رضاع الكبير

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ واختلفوا اذا استغنى المولود بالغذاء قبل الحولين وفطم ثم أرضعته امرأة فقال مالك لايحرم ذلك الرضاع وقال أبو حنيفة والشافعى تثبت الحرمة به وسبب اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام فانما الرضاعة من المجاعة فانه يحتمل أن يريد بذلك الرضاع الذى يكون فى سن المجاعة كيفما كان الطفل وهو سن الرضاع ويحتمل أن يريد اذا كان الطفل غير مفطوم فان فطم فى بعض الحولين لم يكن رضاعا من المجاعة فالاختلاف آيل الى أن الرضاع الذى سببه المجاعة والافتقار الى اللبن هل يعتبر فيه الافتقار الطبيعى للاطفال وهو الافتقار الذى سببه سن الرضاع أو افتقار المرضع نفسه وهو الذى يرتفع

بالفطم ولكنه موجود بالطبع والقائلون بتأثير الارضاع فى مدة الرضاع سواء من اشترط منهم (١) الفطام أو لم يشترطه اختلفوا فى هذه المدة فقال هذه المدة حولان فقط وبه قال زفر واستحسن مالك التحريم فى الزيادة اليسيرة على العامين وفى قول الشهر عنه وفى قول عنه الى ثلاثة أشهر وقال أبو حنيفة حولان وستة شهور وسبب اختلافهم مايظن من معارضة آية الرضاع لحديث عائشة المتقدم وذلك أن قوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) يوهم أن مازاد على هذين الحولين ليس هو رضاع مجاعة من اللبن وقوله عليه الصلاة والسلام انما الرضاعة من المجاعة يقتضى عمومه أن مادام الطفل غذاؤه اللبن ان ذلك الرضاع محرم

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ وأما هل يحرم الوجور واللدود وبالجملة مايصل الى الحلق من غير رضاع فان مالكا قال يحرم الوجور واللدود وقال عطاء وداود لا يحرم وسبب اختلافهم هل المعتبر وصول اللبن كيفما وصل الى الجوف أو وصوله على الجهة المعتادة فمن راعى وصوله على الجهة المعتادة وهو الذى ينطلق عليه اسم الرضاع قال لايحرم الوجور ولا اللدود ومن راعى وصول اللبن الى الجوف كيفما وصل قال يحرم

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ وأما هل من شرط اللبن المحرم إذا وصل الى الحلق أن يكون غير مخالط لغيره فانهم اختلفوا فى ذلك أيضا فقال ابن القاسم اذا استهلك اللبن فى ماء أو غيره ثم سقيه الطفل لم تقع الحرمة وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال الشافعى وابن حبيب ومطرف وابن الماجشون من أصحاب مالك تقع به الحرمة بمنزلة مالو انفرد اللبن أو كان مختلطا لم تذهب عينه وسبب اختلافهم هل يبقى للبن حكم الحرمة اذا اختلط بغيره أم لا يبقى به حكمها كالحال فى النجاسة اذا خالطت الحلال الطاهر والأصل المعتبر فى ذلك انطلاق اسم اللبن عليه كالماء هل يطهر اذا خالطه شئ طاهر

﴿ المسئلة السادسة ﴾ وأما هل يعتبر فيه الوصول الى الحلق أو لا يعتبر فانه يشبه أن يكون هذا هو سبب اختلافهم فى السعوط باللبن والحقنة به ويشبه أن يكون اختلافهم فى ذلك لموضع الشك هل يصل اللبن من هذه الاعضاء أو لا يصل

(١) قوله الفطام هكذا بالنسخ ولعله عدم الفطام لأنه لم يشترط أحد الفطام فى التحريم بل مالك اشترط عدم الفطام تأمل اه مصحح

﴿المسئلة السابعة﴾ وأما هل يصير الرجل الذى له اللبن أعنى زوج المرأة أبا للمرضع حتى يحرم بينهما ومن قبلهما ما يحرم من الآباء والأبناء الذين من النسب وهى التى يسمونها لبن الفحل فانهم اختلفوا فى ذلك فقال مالك وأبو حنيفة والشافعى وأحمد والأوزاعى والثورى لبن الفحل يحرم وقالت طائفة لا يحرم لبن الفحل وبالأول قال على وابن عباس وبالقول الثانى قالت عائشة وابن الزبير وابن عمر وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب لحديث عائشة المشهور أعنى آية الرضاع وحديث عائشة هو قالت جاء أفلح أخو أبى القعيس يستأذن على بعد أن أنزل الحجاب فأبيت أن آذن له وسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انه عمك فأذنى له فقلت يارسول الله انما أرضعتنى المرأة ولم يرضعنى الرجل فقال انه عمك فليلج عليك خرجه البخارى ومسلم ومالك فمن رأى ان مافى الحديث شرع زائد على مافى الكتاب وهو قوله تعالى (وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة) وعلى قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة قال لبن الفحل محرم ومن رأى أن آية الرضاع وقوله يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة انما ورد على جهة التأصيل لحكم الرضاع اذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة قال ذلك الحديث ان عمل بمقتضاه أوجب أن يكون ناسخا لهذه الأصول لان الزيادة المغيرة للحكم ناسخة مع أن عائشة لم يكن مذهبها التحريم بلبن الفحل وهى الراوية للحديث ويصعب رد الأصول المنتشرة التى يقصد بها التأصيل والبيان عند وقت الحاجة بالاحاديث النادرة وبخاصة التى تكون فى عين ولذلك قال عمر رضى الله عنه فى حديث فاطمة بنت قيس لا نترك كتاب الله لحديث امرأة

﴿المسئلة الثامنة﴾ وأما الشهادة على الرضاع فان قوما قالوا لا تقبل فيه الا شهادة امرأتين وقوما قالوا لا تقبل فيه الا شهادة أربع وبه قال الشافعى وعطاء وقوم قالوا تقبل فيه شهادة امرأة واحدة والذين قالوا تقبل فيه شهادة امرأتين منهم من اشترط فى ذلك فشو قولهما بذلك قبل الشهادة وهو مذهب مالك وابن القاسم ومنهم من لم يشترطه وهو قول مطرف وابن الماجشون والذين أجازوا أيضا شهادة امرأة واحدة منهم من لم يشترط فشو قولها قبل الشهادة وهو مذهب أبى حنيفة ومنهم من

اشترط ذلك وهي رواية عن مالك وقد روى عنه أنه لا تجوز فيه شهادة أقل من اثنين والسبب في اختلافهم أما بين الأربع والاثنتين فاختلافهم في شهادة النساء هل عديل كل رجل هو امرأتان فيما ليس يمكن فيه شهادة الرجل أو يكفي في ذلك امرأتان وستأتي هذه المسئلة في كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى وأما اختلافهم في قبول شهادة المرأة الواحدة فمخالفة الاثر الوارد في ذلك للاصل المجمع عليه أعني انه لا يقبل من الرجال أقل من اثنين وأن حال النساء في ذلك اما أن يكون أضعف من حال الرجال واما أن تكون أحوالهم في ذلك مساوية للرجال والاجماع منعقد على أنه لا يقضي بشهادة واحدة والامر الوارد في ذلك هو حديث عقبة بن الحارث قال يارسول الله اني تزوجت امرأة فأتت امرأة فقالت قد أرضعتكما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف وقد قيل دعها عنك وحمل بعضهم هذا الحديث على الندب جمعا بينه و بين الاصول وهو أشبه وهي رواية عن مالك

﴿ المسئلة التاسعة ﴾ وأما صفة المرضعة فانهم اتفقوا على أنه يحرم لبن كل امرأة بالغ وغير بالغ واليائسة من المحيض كان لها زوج أولم يكن حاملا كانت أو غير حامل وشذ بعضهم فأوجب حرمة للبن الرجل وهذا غير موجود فضلا عن أن يكون له حكم شرعي وان وجد فليس لبنا الا باشتراك الاسم واختلفوا من هذا الباب في لبن الميتة وسبب الخلاف هل يتناولها العموم أو لا يتناولها ولا لبن للميتة ان وجد لها الا باشتراك الاسم ويكاد أن تكون مسئلة غير واقعة فلا يكون لها وجود الا في القول

(الفصل الرابع في مانع الزنا)

واختلفوا في زواج الزانية فأجازها الجمهور ومنعها قوم وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى (والزانية لا ينكحها الا زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين) هل خرج مخرج الذم أو مخرج التحريم وهل الاشارة في قوله وحرم ذلك على المؤمنين الى الزنا أو الى النكاح وانما صار الجمهور لحمل الآية على الذم لا على التحريم لما جاء في الحديث ان رجلا قال للنبي صلى الله عليه وسلم في زوجته انها لا ترد يد لامس فقال له النبي عليه الصلاة والسلام طلقها فقال له اني أحبها فقال له فامسكها وقال قوم أيضا ان الزنا يفسخ النكاح بناء على هذا الاصل و به قال الحسن وأما زواج

الملاعنة من زوجها الملاعن فسنذكرها فى كتاب اللعان

(الفصل الخامس فى مانع العدد)

واتفق المسلمون على جواز نكاح أربعة من النساء معا وذلك للاحرار من الرجال واختلفوا فى موضعين فى العبيد وفيما فوق الاربع أما العبيد فقال مالك فى المشهور عنه يجوز له أن ينكح أربعا وبه قال أهل الظاهر وقال أبو حنيفة والشافعى لا يجوز له الجمع الا بين اثنتين فقط وسبب اختلافهم هل العبودية لها تأثير فى اسقاط هذا العدد كما لها تأثير فى اسقاط نصف الحد الواجب على الحر فى الزنا وكذلك فى الطلاق عند من رأى ذلك وذلك ان المسلمين اتفقوا على تنصيف حده فى الزنا أعنى ان حده نصف حد الحر واختلفوا فى غير ذلك وأما ما فوق الاربع فان الجمهور على انه لا تجوز الخامسة لقوله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) ولما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لغيلان لما أسلم وتحته عشر نسوة أمسك أربعا وفارق سائرهن وقالت فرقة يجوز تسع ويشبه أن يكون من أجاز التسع ذهب مذهب الجمع فى الآية المذكورة أعنى جمع الاعداد فى قوله تعالى (مثنى وثلاث ورباع)

(الفصل السادس فى مانع الجمع)

واتفقوا على انه لا يجمع بين الاختين بعقد نكاح لقوله تعالى (وأن تجمعوا بين الاختين) واختلفوا فى الجمع بينهما بملك اليمين والفقهاء على منعه وذهبت طائفة الى اباحة ذلك وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى (وأن تجمعوا بين الاختين) لعموم الاستثناء فى آخر الآية وهو قوله تعالى (الا ما ملكت أيمانكم) وذلك ان هذا الاستثناء يحتمل أن يعود لاقرب مذكور ويحتمل أن يعود لجميع ما تضمنته الآية من التحريم الا ما وقع الاجماع على انه لا تأثير له فيه فيخرج من عموم قوله تعالى (وأن تجمعوا بين الاختين) ملك اليمين ويحتمل أن لا يعود الا الى أقرب مذكور فيبقى قوله وأن تجمعوا بين الاختين على عمومه ولا سيما ان عللنا ذلك بعلة الاخوة أو بسبب موجود فيهما واختلف الذين قالوا بالمنع فى ملك اليمين اذا كانت احداهما بنكاح والاخرى بملك يمين فمنعه مالك وأبو حنيفة وأجازه الشافعى وكذلك

اتفقوا فيما أعلم على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها لثبوت ذلك عنه عليه الصلاة والسلام من حديث أبي هريرة وتواتره عنه عليه الصلاة والسلام من أنه قال عليه الصلاة والسلام لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها واتفقوا على أن العمة ههنا هي كل أنثى هي أخت لذكر له عليك ولادة اما بنفسك واما بواسطة ذكر آخر وان الخالة هي كل أنثى هي كل أخت لكل أنثى لها عليك ولادة اما بنفسها واما بتوسط أنثى غيرها وهن الخالات من قبل الأم واختلفوا هل هذا من باب الخاص أريد به الخاص أم هو من باب الخاص أريد به العام والذين قالوا هو من باب الخاص أريد به العام اختلفوا أي عام هو المقصود به فقال قوم وهم الاكثر وعليه الجمهور من فقهاء الامصار هو خاص أريد به الخصوص فقط وان التحريم لا يتعدى الى غير من نص عليه وقال قوم هو خاص والمراد به العموم وهو الجمع بين كل امرأتين بينهما رحم محرمة أو غير محرمة فلا يجوز الجمع عند هؤلاء بين ابنتي عم أو عمة ولا بين ابنتي خال أو خالة ولا بين المرأة وبنت عمها أو بنت عمتها ولا بينها وبين بنت خالتها وقال قوم انما يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة محرمة أعني لو كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى لم يجز لهما أن يتناكحا ومن هؤلاء من اشترط في هذا المعنى أن يعتبر هذا من الطرفين جميعا أعني اذا جعل كل واحد منهما ذكرا والآخر أنثى فلم يجز لهما أن يتناكحا فهؤلاء لا يحل الجمع بينهما وأما ان جعل في أحد الطرفين ذكر يحرم التزويج ولم يحرم من الطرف الآخر فان الجمع يجوز كالحال في الجمع بين امرأة الرجل وابنته من غيرها فانه ان وضعنا البنت ذكرا لم يحل نكاح المرأة منه لانها زوج أبيه وان جعلنا المرأة ذكرا حل لها نكاح ابنة الزوج لانها تكون ابنة لاجنبي وهذا القانون هو الذي اختاره أصحاب مالك وأولئك يمنعون الجمع بين زوج الرجل وابنته من غيرها.

(الفصل السابع في موانع الرق)

واتفقوا على انه يجوز للعبد أن ينكح الامة وللحرة أن تنكح العبد اذا رضيت بذلك هي وأولياؤها واختلفوا في نكاح الحر الامة فقال قوم يجوز باطلاق وهو

المشهور من مذهب ابن القاسم وقال قوم لا يجوز الا بشرطين عدم الطول وخوف العنت وهو المشهور من مذهب مالك وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي والسبب في اختلافهم معارضة دليل الخطاب في قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح) الآية لعموم قوله (وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين) الآية وذلك ان مفهوم دليل الخطاب في قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا) الآية يقتضي أنه لا يحل نكاح الامة الا بشرطين أحدهما عدم الطول الى الحرة والثاني خوف العنت وقوله تعالى (وأنكحوا الأيامى منكم) يقتضي بعمومه انكاحهن من حر أو عبد واجدا كان الحر أو غير واجد خائفا للعنت أو غير خائف لكن دليل الخطاب أقوى ههنا والله أعلم من العموم لان هذا العموم لم يتعرض فيه الى صفات الزوج المشترطة في نكاح الاماء وانما المقصود به الامر بانكاحهن وألا يجبرن على النكاح وهو أيضا محمول على الندب عند الجمهور مع ما في ذلك من ارقاق الرجل ولده. واختلفوا من هذا الباب في فرعين مشهورين أعني الذين لم يجيزوا النكاح الا بالشرطين المنصوص عليهما أحدهما اذا كانت تحته حرة هل هي طول أو ليست بطول فقال أبو حنيفة هي طول وقال غيره ليست بطول وعن مالك في ذلك القولان والمسئلة الثانية هل يجوز لمن وجد فيه هذان الشرطان نكاح أكثر من أمة واحدة ثلاث أو ربع أو ثنتان فمن قال اذا كانت تحته حرة فليس يخاف العنت لانه غير عزب قال اذا كانت تحته حرة لم يجز له نكاح الامة ومن قال خوف العنت انما يعتبر باطلاق سواء كان عزبا أو متأهلا لانه قد لا تكون الزوجة الاولى مانعة من العنت وهو لا يقدر على حرة تمنعه من العنت فله أن ينكح أمة لان حاله مع هذه الحرة في خوف العنت كحاله قبلها وبخاصة اذا خشي العنت من الامة التي يريد نكاحها وهذا بعينه هو السبب في اختلافهم هل ينكح أمة ثانية على الاولى أو لا ينكحها وذلك ان من اعتبر خوف العنت مع كونه عزبا اذ كان الخوف على العزب أكثر قال لا ينكح أكثر من أمة واحدة ومن اعتبره مطلقا قال ينكح أكثر من أمة واحدة وكذلك يقول انه ينكح على الحرة واعتباره مطلقا فيه نظر واذا قلنا ان له أن يتزوج على الحرة أمة فتزوجها بغير اذنها فهل لها الخيار في البقاء معه أو في فسخ

النكاح اختلف فى ذلك قول مالك واختلفوا اذا وجد طولا بحرة هل يفارق الأمة أم لا ولم يختلفوا أنه اذا ارتفع عنه خوف العنت أنه لا يفارقها أعنى أصحاب مالك واتفقوا من هذا الباب على انه لا يجوز أن تنكح المرأة من ملكته وانها اذا ملكت زوجها انفسخ النكاح

(الفصل الثامن فى مانع الكفر)

واتفقوا على انه لا يجوز للمسلم أن ينكح الوثنية لقوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) واختلفوا فى نكاحها بالملك واتفقوا على انه يجوز أن ينكح الكتابية الحرة الاما روى فى ذلك عن ابن عمر واختلفوا فى احلال الكتابية الامة بالنكاح واتفقوا على احلالها بملك اليمين والسبب فى اختلافهم فى نكاح الوثنيات بملك اليمين معارضة عموم قوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) وعموم قوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن) لعموم قوله (والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم) وهن المسبيات وظاهر هذا يقتضى العموم سواء كانت مشركة أو كتابية والجمهور على منعها و بالجواز قال طاوس ومجاهد ومن الحجة لهم ماروى من نكاح المسبيات فى غزوة أوطاس اذا استأذنوه فى العزل فأذن لهم وانما صار الجمهور لجواز نكاح الكتابيات الاحرار بالعقد لان الاصل بناء الخصوص على العموم أعنى ان قوله تعالى (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب) هو خصوص وقوله (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن) هو عموم فاستثنى الجمهور الخصوص من العموم ومن ذهب الى تحريم ذلك جعل العام ناسخا للخاص وهو مذهب بعض الفقهاء وانما اختلفوا فى احلال الأمة الكتابية بالنكاح لمعارضة العموم فى ذلك القياس وذلك ان قياسها على الحرة يقتضى اباحة تزويجها و باقى العموم اذا استثنى منه الحرة يعارض ذلك لانه يوجب تحريمها على قول من يرى ان العموم اذا خصص بقى الباقى على عمومه فمن خصص العموم الباقى بالقياس أولم ير الباقى من العموم المخصص عموما قال يجوز نكاح الأمة الكتابية ومن رجح باقى العموم بعد التخصيص على القياس قال لا يجوز نكاح الامة الكتابية وهنا أيضا سبب آخر لاختلافهم وهو معارضة دليل الخطاب للقياس وذلك ان قوله تعالى (من فتياتكم المؤمنات) يوجب أن لا يجوز

نكاح الأمة الغير مؤمنة بدليل الخطاب وقياسها على الحرة يوجب ذلك والقياس (٧) من كل جنس يجوز فيه النكاح بالتزويج ويجوز فيه النكاح بملك اليمين أصله المسلمات والطائفة الثانية انه ثم لم يجز نكاح الامة المسلمة بالتزويج الا بشرط فاحرى ان لا يجوز نكاح الامة الكتابية بالتزويج وانما اتفقوا على احلالها بملك اليمين لعموم قوله تعالى (الا ما ملكت أيمانكم) ولاجماعهم على ان السبي يحل المسبية الغير متزوجة وانما اختلفوا فى المتزوجة هل يهدم السبي نكاحها وان هدم فمتى يهدم فقال قوم ان سبيا معا أعنى الزوج والزوجة لم يفسخ نكاحهما وان سبي أحدهما قبل الآخر انفسخ النكاح وبه قال أبو حنيفة وقال قوم بل السبي يهدم سبيا معا أو سبي أحدهما قبل الآخر وبه قال الشافعي وعن مالك قولان أحدهما أن السبي لا يهدم النكاح أصلا والثانى انه يهدم باطلاق مثل قول الشافعي والسبب فى اختلافهم هل يهدم أولا يهدم هو تردد المسترقين الذين أمنوا من القتل بين نساء الذميين أهل العهد وبين الكافرة التى لا زوج لها أو المستأجرة من كافر وأما تفريق أبى حنيفة بين ان يسبيا معا وبين ان يسبى أحدهما فلان المؤثر عنده فى الاحلال هو اختلاف الدار بهما لا الرق والمؤثر فى الاحلال عند غيره هو الرق وانما النظر هل هو الرق مع الزوجية أو مع عدم الزوجية والاشبه أن لا يكون للزوجية ههنا حرمة لأن محل الرق وهو الكفر هو سبب الاحلال وأما تشبيهها بالذمية فبعيد لان الذمى انما أعطى الجزية بشرط أن يقر على دينه فضلا عن نكاحه

(الفصل التاسع فى مانع الاحرام)

واختلفوا فى نكاح المحرم فقال مالك والشافعي والليث والأوزاعى وأحمد لا ينكح المحرم ولا ينكح فان فعل فالنكاح باطل وهو قول عمر بن الخطاب وعلى وابن عمر وزيد بن ثابت وقال أبو حنيفة لا بأس بذلك وسبب اختلافهم تعارض النقل فى هذا الباب فنها حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نكح ميمونة

(٧) قوله والقياس الى قوله وانما اتفقوا هو زائد ببعض النسخ الخطية والمصرية وفيه خفاء فليتأمل فى معناه اه مصححه

وهو محرم وهو حديث ثابت النقل خرجه أهل الصحيح وعارضه أحاديث كثيرة عن ميمونة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال قال أبو عمر رويت عنها من طرق شتى من طريق أبى رافع ومن طريق سليمان بن يسار وهو مولاها وعن يزيد بن الاصم وروى مالك أيضا من حديث عثمان بن عفان مع هذا انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب فمن رجح هذه الاحاديث على حديث ابن عباس قال لا ينكح المحرم ولا ينكح ومن رجح حديث ابن عباس أو جمع بينه و بين حديث عثمان بن عفان بأن حمل النهى الوارد فى ذلك على الكراهية قال ينكح و ينكح وهذا راجع الى تعارض الفعل والقول والوجه الجمع أو تغليب القول

(الفصل العاشر فى منع المرض)

واختلفوا فى نكاح المريض فقال أبو حنيفة والشافعى يجوز وقال مالك فى المشهور عنه انه لا يجوز و يتخرج ذلك من قوله انه يفرق بينهما وان صح و يتخرج من قوله أيضا انه لا يفرق بينهما ان التفريق مستحب غير واجب وسبب اختلافهم تردد النكاح بين البيع و بين الهبة وذلك انه لا تجوز هبة المريض الا من الثلث و يجوز بيعه ولاختلافهم أيضا سبب آخر وهو هل يتهم على اضرار الورثة بادخال وارث زائد أو لا يتهم وقياس النكاح على الهبة غير صحيح لأنهم اتفقوا على أن الهبة تجوز اذا حملها الثلث ولم يعتبر والنكاح هنا بالثلث ورد جواز النكاح بادخال وارث قياس مصلحى لا يجوز عند أكثر الفقهاء وكونه يوجب مصالح لم يعتبرها الشرع الا فى جنس بعيد من الجنس الذى يرام فيه اثبات الحكم بالمصلحة حتى ان قوما رأوا ان القول بهذا القول شرع زائد واعمال هذا القياس يوهن ما فى الشرع من التوقيف وانه لا تجوز الزيادة فيه كما لا يجوز النقصان والتوقف أيضا عن اعتبار المصالح تطرق للناس أن يتسرعوا لعدم السنن التى فى ذلك الجنس الى الظلم فلنفوض أمثال هذه المصالح الى العلماء بحكمة الشرائع الفضلاء الذين لا يتهمون بالحكم بها و بخاصة اذا فهم من أهل ذلك الزمان ان فى الاشتغال بظواهر الشرائع تطرقا الى الظلم ووجه عمل الفاضل العالم فى ذلك ان ينظر الى شواهد الحال فان دلت الدلائل على انه قصد بالنكاح خيرا لا يمنع النكاح وان

دلت على أنه قصد الاضرار بورثته منعه من ذلك كما فى أشياء كثيرة من الصنائع يعرض فيها للصناع الشئ وضده مما اكتسبوا من قوة مهنتهم اذ لا يمكن ان يحد فى ذلك حد مؤقت صناعى وهذا كثيرا ما يعرض فى صناعة الطب وغيرها من الصنائع المختلفة

(الفصل الحادى عشر فى مانع العدة)

واتفقوا على ان النكاح لا يجوز فى العدة كانت عدة حيض أو عدة حمل أو عدة أشهر واختلفوا فيمن تزوج امرأة فى عدتها ودخل بها فقال مالك والاوزاعى والليث يفرق بينهما ولا تحل له أبدا وقال أبو حنيفة والشافعى والثورى يفرق بينهما واذا انقضت العدة بينهما فلا بأس فى تزويجه اياها مرة ثانية وسبب اختلافهم هل قول الصاحب حجة أم ليس بحجة وذلك ان مالكا روى عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب فرق بين طليحة الاسدية وبين زوجها راشد الثقفى لما تزوجها فى العدة من زوج ثان وقال أيما امرأة نكحت فى عدتها فان كان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الاول ثم كان الآخر خاطبا من الخطاب وان كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الاول ثم اعتدت من الآخر ثم لا يجتمعان أبدا قال سعيد ولها مهرها بما استحل منها ور بما عضدوا هذا القياس بقياس شبه ضعيف مختلف فى أصله وهو انه أدخل فى النسب شبهة فأشبه الملاعن وروى عن على وابن مسعود مخالفة عمر فى هذا والأصل انها لا تحرم الا ان يقوم على ذلك دليل من كتاب أو سنة أو اجماع من الامة وفى بعض الروايات ان عمر كان قضى بتحريمها وكون المهر فى بيت المال فلما بلغ ذلك عليا أنكره فرجع عن ذلك عمر وجعل الصداق على الزوج ولم يقض بتحريمها عليه رواه الثورى عن أشعث عن الشعبى عن مسروق وأما من قال بتحريمها بالعقد فهو ضعيف وأجمعوا على انه لا توطأ حامل مسبية حتى تضع لتواتر الأخبار بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا ان وطئ هل يعتق عليه الولد أو لا يعتق والجمهور على انه لا يعتق وسبب اختلافهم هل ماؤه مؤثر فى خلقته أو غير مؤثر فان قلنا انه مؤثر كان له ابنا بجهة ما وان قلنا انه ليس بمؤثر لم يكن ذلك وروى عن

النبى عليه الصلاة والسلام انه قال كيف يستعبده وقد غذاه فى سمعه و بصره وأما النظر فى مانع التطليق ثلاثا فسيأتى فى كتاب الطلاق

(الفصل الثانى عشر فى مانع الزوجية)

وأما مانع الزوجية فانهم اتفقوا على ان الزوجية بين المسلمين مانعة و بين الذميين واختلفوا فى المسبية على ماتقدم واختلفوا أيضا فى الأمة اذا بيعت هل يكون بيعها طلاقا فالجمهور على انه ليس بطلاق وقال قوم هو طلاق وهو مروى عن ابن عباس وجابر وابن مسعود وأبى بن كعب وسبب اختلافهم معارضة مفهوم حديث بريرة لعموم قوله تعالى (الا ماملكت أيمانكم) وذلك ان قوله تعالى (الا ماملكت أيمانكم) يقتضى المسبيات وغيرهن وتخيير بريرة يوجب ان لا يكون بيعها طلاقا لأنه لو كان بيعها طلاقا لما خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد العتق ولكان نفس شراء عائشة لها طلاقا من زوجها والحجة للجمهور ما خرجه ابن أبى شيبة عن أبى سعيد الخدرى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث يوم حنين سرية فأصابوا حيا من العرب يوم أوطاس فهزموهم وقتلوهم وأصابوا لهم نساء لهن أزواج وكان ناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم تأثموا من غشيانهن من أجل أزواجهن فأنزل الله عزوجل (والمحصنات من النساء الا ماملكت أيمانكم) وهذه المسئلة هى أليق بكتاب الطلاق فهذه هى جملة الأشياء المصححة للانكحة فى الاسلام وهى كما قلنا راجعة الى ثلاثة أجناس صفة العاقد والمعقود عليها وصفة العقد وصفة الشروط فى العقد وأما الأنكحة التى انعقدت قبل الاسلام ثم طرأ عليها الاسلام فانهم اتفقوا على ان الاسلام اذا كان منهما معا أعنى من الزوج والزوجة وقد كان انعقد النكاح على من يصح ابتداء العقد عليها فى الاسلام ان الاسلام يصحح ذلك واختلفوا فى موضعين أحدهما اذا انعقد النكاح على أكثر من أربع أو على من لا يجوز الجمع بينهما فى الاسلام والموضع الثانى اذا أسلم أحدهما قبل الآخر

﴿ فأما المسئلة الأولى ﴾ وهى اذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة أو أسلم وعنده أختان فان مالكا قال يختار منهن أربعا ومن الأختين واحدة أيتهما شاء وبه قال الشافعى وأحمد وداود وقال أبو حنيفة والثورى وابن أبى ليلى يختار

الاوائل منهن في العقد فان تزوجهن في عقد واحد فرق بينه و بينهن وقال ابن الماجشون من أصحاب مالك اذا أسلم وعنده أختان فارقهما جميعا ثم استأنف نكاح أيتهما شاء ولم يقل بذلك أحد من أصحاب مالك غيره وسبب اختلافهم معارضة القياس للاثر وذلك انه ورد في ذلك أثران أحدهما مرسل مالك ان غيلان بن سلامة الثقفي أسلم وعنده عشر نسوة أسلمن معه فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعا والحديث الثاني حديث قيس بن الحارث انه أسلم على الأختين فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اختر أيتهما شئت وأما القياس المخالف لهذا الأثر فتشبيه العقد على الأواخر قبل الاسلام بالعقد عليهن بعد الاسلام أعني انه كما ان العقد عليهن فاسد في الاسلام كذلك قبل الاسلام وفيه ضعف وأما اذا أسلم أحدهما قبل الآخر وهي المسئلة الثانية ثم أسلم الآخر فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي انه اذا أسلمت المرأة قبله فانه ان أسلم في عدتها كان أحق بها وان أسلم هو وهي كتابية فنكاحها ثابت لما ورد في ذلك من حديث صفوان بن أمية وذلك ان زوجه عاتكة ابنة الوليد بن المغيرة أسلمت قبله ثم أسلم هو فاقره رسول الله صلى الله عليه وسلم على نكاحه قالوا وكان بين اسلام صفوان و بين اسلام امرأته نحو من شهر قال ابن شهاب ولم يبلغنا ان امرأة هاجرت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وزوجها كافر مقيم بدار الكفر الا فرقت هجرتها بينها و بين زوجها الا ان يقدم زوجها مهاجرا قبل ان تنقضي عدتها وأما اذا أسلم الزوج قبل اسلام المرأة فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك اذا أسلم الزوج قبل المرأة وقعت الفرقة اذا عرض عليها الاسلام فأبت وقال الشافعي سواء أسلم الرجل قبل المرأة أو المرأة قبل الرجل اذا وقع اسلام المتأخر في العدة ثبت النكاح وسبب اختلافهم معارضة العموم للاثر والقياس وذلك ان عموم قوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) يقتضي المفارقة على الفور وأما الأثر المعارض لمقتضى هذا العموم فما روي من ان أبا سفيان بن حرب أسلم قبل هند بنت عتبة امرأته وكان اسلامه بمر الظهران ثم رجع الى مكة وهند بها كافرة فأخذت بلحيته وقالت اقتلوا الشيخ الضال ثم أسلمت بعده بأيام فاستقرا على نكاحهما وأما القياس المعارض للاثر فلانه يظهر انه لا فرق

بين ان تسلم هى قبله أو هو قبلها فان كانت العدة معتبرة فى اسلامها قبل فقد يجب ان تعتبر فى اسلامه أيضا قبل

(الباب الثالث فى موجبات الخيار فى النكاح)

وموجبات الخيار أربعة العيوب والاعسار بالصداق أو بالنفقة والكسوة والثالث الفقد أعنى فقد الزوج والرابع العتق للامة المزوجة فينعقد فى هذا الباب أربعة فصول

(الفصل الاول فى خيار العيوب)

اختلف العلماء فى موجب الخيار بالعيوب لكل واحد من الزوجين وذلك فى موضعين أحدهما هل يرد بالعيوب أو لا يرد والموضع الثانى اذا قلنا انه يرد فمن أيها يرد وما حكم ذلك فأما الموضع الاول فان مالكا والشافعى وأصحابهما قالوا العيوب توجب الخيار فى الرد أو الامساك وقال أهل الظاهر لا توجب خيار الرد والامساك وهو قول عمر بن عبد العزيز وسبب اختلافهم شيآن أحدهما هل قول الصاحب حجة والآخر قياس النكاح فى ذلك على البيع فاما قول الصاحب الوارد فى ذلك فهو ماروى عن عمر بن الخطاب انه قال أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص وفى بعض الروايات أو قرن فلها صداقها كاملا وذلك غرم لزوجها على وليها وأما القياس على البيع فان القائلين بوجب الخيار للعيب فى النكاح قالوا النكاح فى ذلك شبيه بالبيع وقال المخالفون لهم ليس شبيها بالبيع لاجماع المسلمين على انه لا يرد النكاح بكل عيب يرد به البيع وأما الموضع الثانى فى الرد بالعيوب فانهم اختلفوا فى أى العيوب يرد بها وفى أيها لا يرد وفى حكم الرد فاتفق مالك والشافعى على ان الرد يكون من أربعة عيوب الجنون والجذام والبرص وداء الفرج الذى يمنع الوطء اما قرن أو رتق فى المرأة أو عنة فى الرجل أو خصاء واختلف أصحاب مالك فى أربع فى السواد والقرع وبخر الفرج وبخر الانف فقيل ترد بها وقيل لا ترد وقال أبو حنيفة وأصحابه والثورى لا ترد المرأة فى النكاح الا بعيبين فقط القرن والرتق فاما أحكام الرد فان القائلين بالرد اتفقوا على ان الزوج اذا علم بالعيب

قبل الدخول طلق ولا شئ عليه . واختلفوا ان علم بعد الدخول والمسيس فقال مالك ان كان وليها الذى زوجها ممن يظن به لقربه منها انه عالم بالعيب مثل الاب والاخ فهو غار يرجع عليه الزوج بالصداق وليس يرجع على المرأة بشئ وان كان بعيدا رجع الزوج على المرأة بالصداق كله الا ربع دينار فقط وقال الشافعى ان دخل لزمه الصداق كله بالمسيس ولا رجوع له عليها ولا على ولى وسبب اختلافهم تردد تشبيه النكاح بالبيع أو بالنكاح الفاسد الذى وقع فيه المسيس أعنى اتفاقهم على وجوب المهر فى الانكحة الفاسدة بنفس المسيس لقوله عليه الصلاة والسلام أيما امرأة نكحت بغير اذن سيدها فنكاحها باطل ولها المهر بما استحل منها فكان موضع الخلاف تردد هذا الفسخ بين حكم الرد بالعيب فى البيوع و بين حكم الانكحة المفسوخة أعنى بعد الدخول واتفق الذين قالوا بفسخ نكاح العنين انه لا يفسخ حتى يؤجل سنة يخلى بينه و بينها بغير عائق واختلف أصحاب مالك فى العلة التى من أجلها قصر الرد على هذه العيوب الاربعة فقيل لان ذلك شرع غير معلل وقيل لان ذلك مما يخفى ومحمل سائر العيوب على أنها مما لا تخفى وقيل لانها يخاف سرايتها الى الابناء وعلى هذا التعليل يرد بالسواد والقرع وعلى الاول يرد بكل عيب اذا علم انه مما خفى على الزوج

(الفصل الثانى فى خيار الاعسار بالصداق والنفقة)

واختلفوا فى الاعسار بالصداق فكان الشافعى يقول تخير اذا لم يدخل بها و به قال مالك واختلف أصحابه فى قدر التلوم له فقيل ليس له فى ذلك حد وقيل سنة وقيل سنتين وقال أبو حنيفة هى غريم من الغرماء لا يفرق بينهما و يؤخذ بالنفقة ولها ان تمنع نفسها حتى يعطيها المهر وسبب اختلافهم تغليب شبه النكاح فى ذلك بالبيع أو تغليب الضرر اللاحق للمرأة فى ذلك من عدم الوطء تشبيها بالايلاء والعنة وأما الاعسار بالنفقة فقال مالك والشافعى وأحمد وأبو ثور وأبو عبيد وجماعة يفرق بينهما وهو مروى عن أبى هريرة وسعيد بن المسيب وقال أبو حنيفة والثورى لا يفرق بينهما و به قال أهل الظاهر وسبب اختلافهم تشبيه الضرر الواقع من ذلك بالضرر الواقع من العنة لان الجمهور على القول بالتطليق على العنين حتى لقد قال ابن المنذر انه اجماع وربما قالوا النفقة فى مقابلة الاستمتاع بدليل أن الناشز

لا نفقة لها عند الجمهور فاذا لم يجد النفقة سقط الاستمتاع فوجب الخيار وأما من لا يرى القياس فانهم قالوا قد ثبتت العصمة بالاجماع فلا تنحل الا باجماع أو بدليل من كتاب الله أو سنة فسبب اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس

(الفصل الثالث فى خيار الفقد)

واختلفوا فى المفقود الذى تجهل حياته أو موته فى أرض الاسلام فقال مالك يضرب لامرأته أجل أربع سنين من يوم ترفع أمرها الى الحاكم فاذا انتهى الكشف عن حياته أو موته فجهل ذلك ضرب لها الحاكم الأجل فاذا انتهى اعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا وحلت قال وأما ماله فلا يورث حتى يأتى عليه من الزمان ما يعلم أن المفقود لا يعيش الى مثله غالبا فقيل سبعون وقيل ثمانون وقيل تسعون وقيل مائة فيمن غاب وهو دون هذه الأسنان وروى هذا القول عن عمر بن الخطاب وهو مروى أيضا عن عثمان وبه قال الليث وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى لا تحل امرأة المفقود حتى يصح موته وقولهم مروى عن على وابن مسعود والسبب فى اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس وذلك ان استصحاب الحال يوجب أن لا تنحل عصمة الا بموت أو طلاق حتى يدل الدليل على غير ذلك وأما القياس فهو تشبيه الضرر اللاحق لها من غيبته بالايلاء والعنة فيكون لها الخيار كما يكون فى هذين والمفقودون عند المحصلين من أصحاب مالك أربعة مفقود فى أرض الاسلام وقع الخلاف فيه ومفقود فى أرض الحرب ومفقود فى حروب الاسلام أعنى فيما بينهم ومفقود فى حروب الكفار والخلاف عن مالك وعن أصحابه فى الثلاثة الأصناف من المفقودين كثير فأما المفقود فى بلاد الحرب فحكمه عندهم حكم الأسير لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يصح موته ما خلا أشهب فانه حكم له بحكم المفقود فى أرض المسلمين وأما المفقود فى حروب المسلمين فقال ان حكمه حكم المقتول دون تلوم وقيل يتلوم له بحسب بعد الموضع الذى كانت فيه المعركة وقربه وأقصى الأجل فى ذلك سنة وأما المفقود فى حروب الكفار ففيه فى المذهب أربعة أقوال قيل حكمه حكم الأسير وقيل حكمه حكم المقتول بعد تلوم سنة الا أن يكون بموضع لا يخفى أمره

فيحكم له بحكم المفقود فى حروب المسلمين وفتنهم والقول الثالث ان حكمه حكم المفقود فى بلاد المسلمين والرابع حكمه حكم المقتول فى زوجته وحكم المفقود فى أرض المسلمين فى ماله أعنى يعمر وحينئذ يورث وهذه الأقاويل كلها مبناها على تجويز النظر بحسب الأصلح فى الشرع وهو الذى يعرف بالقياس المرسل و بين العلماء فيه اختلاف أعنى بين القائلين بالقياس

(الفصل الرابع فى خيار العتق)

واتفقوا على ان الأمة اذا عتقت تحت عبد ان لها الخيار واختلفوا اذا عتقت تحت الحر هل لها خيار أم لا فقال مالك والشافعى وأهل المدينة والأوزاعى وأحمد والليث لا خيار لها وقال أبو حنيفة والثورى لها الخيار حرا كان أو عبدا وسبب اختلافهم تعارض النقل فى حديث بريرة واحتمال العلة الموجبة للخيار ان يكون الجبر الذى كان فى انكاحها باطلاق اذا كانت أمة أو الجبر على تزويجها من عبد فمن قال العلة الجبر على النكاح باطلاق قال تخير تحت الحر والعبد ومن قال الجبر على تزويج العبد فقط قال تخير تحت العبد فقط وأما اختلاف النقل فانه روى عن ابن عباس ان زوج بريرة كان عبدا أسود وروى عن عائشة ان زوجها كان حرا وكلا النقلين ثابت عند أصحاب الحديث واختلفوا أيضا فى الوقت الذى يكون لها الخيار فيه فقال مالك والشافعى يكون لها الخيار مالم يمسها وقال أبو حنيفة خيارها على المجلس وقال الاوزاعى انما يسقط خيارها بالمسيس اذا علمت أن المسيس يسقط خيارها

(الباب الرابع فى حقوق الزوجية)

واتفقوا على ان من حقوق الزوجية على الزوج النفقة والكسوة لقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) الآية ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولقوله لهند خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف فأما النفقة فاتفقوا على وجوبها واختلفوا فى أربعة مواضع فى وقت وجوبها ومقدارها ولمن تجب وعلى من تجب فأما وقت وجوبها فان مالكا قال لا تجب

النفقة على الزوج حتى يدخل بها أو يدعى الى الدخول بها وهى ممن توطأ وهو بالغ
وقال أبو حنيفة والشافعى يلزم غير البالغ النفقة اذا كانت هى بالغا وأما اذا كان هو
بالغا والزوجة صغيرة فللشافعى قولان أحدهما مثل قول مالك والقول الثانى ان
لها النفقة باطلاق وسبب اختلافهم هل النفقة لمكان الاستمتاع أو لمكان أنها
محبوسة على الزوج كالغائب والمريض وأما مقدار النفقة فذهب مالك الى انها غير
مقدرة بالشرع وان ذلك راجع الى ما يقتضيه حال الزوج وحال الزوجة وان ذلك
يختلف بحسب اختلاف الامكنة والازمنة والاحوال و به قال أبو حنيفة وذهب
الشافعى الى انها مقدرة فعلى الموسر مدّان وعلى الاوسط مدّ ونصف وعلى المعسر مدّ
وسبب اختلافهم تردد حمل النفقة فى هذا الباب على الاطعام فى الكفارة أو على
الكسوة وذلك انهم اتفقوا أن الكسوة غير محدودة وأن الاطعام محدود واختلفوا
من هذا الباب فى هل يجب على الزوج نفقة خادم الزوجة وان وجبت فكم يجب
والجمهور على ان على الزوج النفقة لخادم الزوجة اذا كانت ممن لا تخدم نفسها وقيل بل
على الزوجة خدمة البيت واختلف الذين أوجبوا النفقة على خادم الزوجة على كم تجب
نفقته فقالت طائفة ينفق على خادم واحدة وقيل على خادمين اذا كانت المرأة ممن
لا يخدمها الا خادمان و به قال مالك وأبو ثور ولست أعرف دليلا شرعيا لايجاب النفقة
على الخادم الا تشبيه الاخدام بالاسكان فانهم اتفقوا على ان الاسكان على الزوج للنص
الوارد فى وجوبه للمطلقة الرجعية وأما لمن تجب النفقة فانهم اتفقوا على انها تجب
للحرة الغير ناشز واختلفوا فى الناشز والأمة فأما الناشز فالجمهور على أنها لا تجب لها
نفقة وشذ قوم فقالوا تجب لها النفقة وسبب الخلاف معارضة العموم للمفهوم وذلك
ان عموم قوله عليه الصلاة والسلام ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف يقتضى
ان الناشز وغير الناشز فى ذلك سواء والمفهوم من أن النفقة هى فى مقابلة الاستمتاع
يوجب ان لا نفقة للناشز وأما الأمة فاختلف فيها أصحاب مالك اختلافا كثيرا فقيل
لها النفقة كالحرة وهو المشهور وقيل لا نفقة لها وقيل أيضا ان كانت تأتيه فلها
النفقة وان كان يأتيها فلا نفقة لها وقيل لها النفقة فى الوقت الذى تأتيه وقيل ان كان
الزوج حرا فعليه النفقة وان كان عبدا فلا نفقة عليه وسبب اختلافهم معارضة العموم

للقياس وذلك ان العموم يقتضى لها وجوب النفقة والقياس يقتضى ان لا نفقة لها الا على سيدها الذى يستخدمها أو تكون النفقة بينهما لان كل واحد منهما ينتفع بها ضربا من الانتفاع ولذلك قال قوم عليه النفقة فى اليوم الذى تأتيه وقال ابن حبيب يحكم على مولى الامة المزوجة ان تأتى زوجها فى كل أربعة أيام وأما على من تجب فاتفقوا أيضا أنها تجب على الزوج الحر الحاضر واختلفوا فى العبد والغائب فأما العبد فقال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم ان على العبد نفقة زوجته وقال أبو المصعب من أصحاب مالك لا نفقة عليه وسبب الخلاف معارضة العموم لكون العبد محجورا عليه فى ماله وأما الغائب فالجمهور على وجوب النفقة عليه وقال أبو حنيفة لا تجب الا بايجاب السلطان وانما اختلفوا فيمن القول قوله اذا اختلفوا فى الانفاق وسيأتى ذلك فى كتاب الاحكام ان شاء الله وكذلك اتفقوا على ان من حقوق الزوجات العدل بينهن فى القسم لما ثبت من قسمه صلى الله عليه وسلم بين أزوجه ولقوله عليه الصلاة والسلام اذا كانت للرجل امرأتان فمال الى احداهما جاء يوم القيامة وأحد شقيه مائل ولما ثبت أنه عليه الصلاة والسلام كان اذا أراد السفر أقرع بينهن واختلفوا فى مقام الزوج عند البكر والثيب وهل يحتسب به أو لا يحتسب اذا كانت له زوجة أخرى فقال مالك والشافعى وأصحابهما يقيم عند البكر سبعا وعند الثيب ثلاثا ولا يحتسب ان كان له امرأة أخرى بأيام التى تزوج وقال أبو حنيفة الاقامة عندهن سواء بكرا كانت أو ثيبا و يحتسب بالاقامة عندها ان كانت له زوجة أخرى وسبب اختلافهم معارضة حديث أنس لحديث أم سلمة وحديث أنس هو أن النبى صلى الله عليه وسلم كان اذا تزوج البكر أقام عندها سبعا واذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثا وحديث أم سلمة هو ان النبى صلى الله عليه وسلم تزوجها فاصبحت عنده فقال ليس بك على أهلك هوان ان شئت سبعت عندك وسبعت عندهن وان شئت ثلثت عندك ودرت فقالت ثلث وحديث أم سلمة هو مدنى متفق عليه خرجه مالك والبخارى ومسلم وحديث أنس حديث بصرى خرجه أبو داود فصار أهل المدينة الى ما خرجه أهل البصرة وصار أهل الكوفة الى ما خرجه أهل المدينة واختلف أصحاب مالك فى هل مقامه عند البكر سبعا وعند

الثيب ثلاثا واجب أومستحب فقال ابن القاسم هو واجب وقال ابن عبد الحكم مستحب وسبب الخلاف حمل فعله عليه الصلاة والسلام على الندب أو على الوجوب وأما حقوق الزوج على الزوجة بالرضاع وخدمة البيت على اختلاف بينهم فى ذلك وذلك ان قوما أوجبوا عليها الرضاع على الاطلاق وقوم لم يوجبوا ذلك عليها باطلاق وقوم أوجبوا ذلك على الدنيئة ولم يوجبوا ذلك على الشريفة الا أن يكون الطفل لا يقبل الا ثديها وهو مشهور قول مالك وسبب اختلافهم هل آية الرضاع متضمنة حكم الرضاع أعنى إيجابه أو متضمنة أمره فقط فمن قال أمره قال لا يجب عليها الرضاع إذ لا دليل هنا على الوجوب ومن قال تتضمن الأمر بالرضاع وإيجابه وأنها من الاخبار التى مفهومها مفهوم الامر قال يجب عليها الارضاع وأما من فرق بين الدنيئة والشريفة فاعتبر فى ذلك العرف والعادة وأما المطلقة فلا رضاع عليها الا أن لا يقبل ثدى غيرها فعليها الارضاع وعلى الزوج أجر الرضاع هذا اجماع لقوله سبحانه (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) (١) والجمهور على أن الحضانة للام اذا طلقها الزوج وكان الولد صغيرا لقوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه و بين أحبته يوم القيامة ولان الامة والمسبية اذا لم يفرق بينها و بين ولدها فاخص بذلك الحرة واختلفوا اذا بلغ الولد حد التمييز فقال قوم يخير ومنهم الشافعى واحتجوا بأثر ورد فى ذلك و بقى قوم على الاصل لانه لم يصح عندهم هذا الحديث والجمهور على أن تزويجها لغير الاب يقطع الحضانة لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أنت أحق به مالم تنكحى ومن لم يصح عنده هذا الحديث طرد الاصل وأما نقل الحضانة من الام الى غير الاب فليس فى ذلك شئ يعتمد عليه (١)

﴿ الباب الخامس فى الانكحة المنهى عنها بالشرع والانكحة الفاسدة وحكمها ﴾

والانكحة التى ورد النهى فيها مصرحا أربعة نكاح الشغار ونكاح المتعة

ما بين علامتى (١) لم يوجد فى النسخة الفاسية ولا المصرية وهو موجود بالنسخة الخط تعلق أحمد بك تيمور اهـ مصححه

والخطبة على خطبة أخيه ونكاح المحلل فأما نكاح الشغار فانهم اتفقوا على ان صفته هو أن ينكح الرجل وليته رجلا آخر على أن ينكحه الآخر وليته ولا صداق بينهما الا بضع هذه ببضع الاخرى واتفقوا على انه نكاح غير جائز لثبوت النهى عنه واختلفوا اذا وقع هل يصحح بمهر المثل أم لا فقال مالك لا يصحح ويفسخ أبدا قبل الدخول وبعده وبه قال الشافعى إلا أنه قال ان سمى لاحداهما صداقا أو لهما معا فالنكاح ثابت بمهر المثل والمهر الذى سمياه فاسد وقال أبو حنيفة نكاح الشغار يصح بفرض صداق المثل وبه قال الليث وأحمد واسحق وأبو ثور والطبرى وسبب اختلافهم هل النهى المعلق بذلك معلل بعدم العوض أو غير معلل فان قلنا غير معلل لزم الفسخ على الاطلاق وان قلنا العلة عدم الصداق صح بفرض صداق المثل مثل العقد على خمر أو على خنزير وقد أجمعوا على أن النكاح المنعقد على الخمر والخنزير لا يفسخ اذا فات بالدخول ويكون فيه مهر المثل وكأن مالكا رضى الله عنه رأى أن الصداق وان لم يكن من شرط صحة العقد ففساد العقد ههنا من قبل فساد الصداق مخصوص لتعلق النهى به أو رأى ان النهى انما تعلق بنفس تعيين العقد والنهى يدل على فساد المنهى

﴿ وأما نكاح المتعة ﴾ فانه تواترت الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحريمه الا أنها اختلفت فى الوقت الذى وقع فيه التحريم ففى بعض الروايات انه حرمها يوم خيبر وفى بعضها يوم الفتح وفى بعضها فى غزوة تبوك وفى بعضها فى حجة الوداع وفى بعضها فى عمرة القضاء وفى بعضها عام أوطاس وأكثر الصحابة وجميع فقهاء الامصار على تحريمها واشتهر عن ابن عباس تحليلها وتبع ابن عباس على القول بها أصحابه من أهل مكة وأهل اليمن ورووا ان ابن عباس كان يحتج لذلك بقوله تعالى (فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم) وفى حرف عنه الى أجل مسمى وروى عنه أنه قال ما كانت المتعة الا رحمة من الله عز وجل رحم بها أمة محمد صلى الله عليه وسلم ولولا نهى عمر عنها ما اضطر الى الزنا الا شقى وهذا الذى روى عن ابن عباس رواه عنه ابن جريج وعمرو بن دينار وعن عطاء قال سمعت جابر بن عبد الله يقول تمتعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر ونصفا من خلافة عمر ثم نهى عنها عمر الناس

(وأما اختلافهم فى النكاح الذى تقع فيه الخطبة على خطبة غيره) فقد تقدم ان فيه ثلاثة أقوال قول بالفسخ وقول بعدم الفسخ وفرق بين أن ترد الخطبة على خطبة الغير بعد الركون والقرب من التمام أولا ترد وهو مذهب مالك * وأما نكاح المحلل أعنى الذى يقصد بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثا فان مالكا قال هو نكاح مفسوخ وقال أبو حنيفة والشافعى هو نكاح صحيح وسبب اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام لعن الله المحلل فمن فهم من اللعن التأثيم فقط قال النكاح صحيح ومن فهم من التأثيم فساد العقد تشبيها بالنهى الذى يدل على فساد المنهى عنه قال النكاح فاسد فهذه هى الأنكحة الفاسدة بالنهى وأما الانكحة الفاسدة بمفهوم الشرع فانها تفسد اما باسقاط شرط من شروط صحة النكاح أو لتغيير حكم واجب بالشرع من أحكامه مما هو عن الله عز وجل واما بزيادة تعود الى ابطال شرط من شروط الصحة وأما الزيادات التى تعرض من هذا المعنى فانها لا تفسد النكاح باتفاق وانما اختلف العلماء فى لزوم الشروط التى بهذه الصفة أولا لزومها مثل أن يشترط عليه أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى أو لا ينقلها من بلدها فقال مالك ان اشترط ذلك لم يلزمه الا أن يكون فى ذلك يمين بعتق أو طلاق فان ذلك يلزمه الا أن يطلق أو يعتق من أقسم عليه فلا يلزم الشرط الأول أيضا وكذلك قال الشافعى وأبو حنيفة وقال الاوزاعى وابن شبرمة لها شرطها وعليه الوفاء وقال ابن شهاب كان من أدركت من العلماء يقضون بها وقول الجماعة مروى عن على وقول الاوزاعى مروى عن عمر وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص فأما العموم فحديث عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال فى خطبته كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط وأما الخصوص فحديث عقبة بن عامر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج والحديثان صحيحان خرجهما البخارى ومسلم الا أن المشهور عند الاصوليين القضاء بالخصوص على العموم وهو لزوم الشروط وهو ظاهر ما وقع فى العتبية وان كان المشهور خلاف ذلك وأما الشروط المقيدة بوضع من الصداق فانه قد اختلف فيها المذهب اختلافا كثيرا أعنى فى لزومها أو عدم لزومها وليس كتابنا هذا موضوعا على الفروع

(وأما حكم الانكحة الفاسدة اذا وقعت) فمنها ما اتفقوا على فسخه قبل الدخول وبعده وهو ما كان منها فاسدا باسقاط شرط متفق على وجوب صحة النكاح بوجوده مثل أن ينكح محرمة العين ومنها اختلفوا فيه بحسب اختلافهم فى ضعف علة الفساد وقوتها ولماذا يرجع من الاخلال بشروط الصحة ومالك فى هذا الجنس وذلك فى الأكثر يفسخه قبل الدخول ويثبته بعده والأصل عنده فيه أن لا فسخ ولكنه يحتاط بمنزلة ما يرى فى كثير من البيع الفاسد أنه يفوت بحوالة الاسواق وغير ذلك ويشبه أن تكون هذه عنده هى الأنكحة المكروهة والافلا وجه للفرق بين الدخول وعدم الدخول والاضطراب فى المذاهب فى هذا الباب كثير وكأن هذا راجع عنده الى قوة دليل الفسخ وضعفه فمتى كان الدليل عنده قويا فسخ قبله وبعده ومتى كان ضعيفا فسخ قبل ولم يفسخ بعد وسواء كان الدليل القوى متفقا عليه أو مختلفا فيه ومن قبل هذا أيضا اختلف المذهب فى وقوع الميراث فى الانكحة الفاسدة اذا وقع الموت قبل الفسخ وكذلك وقوع الطلاق فيه فمرة اعتبر فيه الاختلاف والاتفاق ومرة اعتبر فيه الفسخ بعد الدخول أو عدمه وقد نرى أن نقطع ههنا القول فى هذا الكتاب فان ما ذكرنا منه فيه كفاية بحسب غرضنا المقصود

(كتاب الطلاق)

والكلام فى هذا الباب ينحصر فى أربع جمل الجملة الأولى فى أنواع الطلاق الجملة الثانية فى أركان الطلاق الجملة الثالثة فى الرجعة الجملة الرابعة فى أحكام المطلقات ﴿الجملة الأولى﴾ وفى هذه الجملة خمسة أبواب الباب الأول فى معرفة الطلاق البائن والرجعى الباب الثانى فى معرفة الطلاق السنى من البدعى الباب الثالث فى الخلع الباب الرابع فى تمييز الطلاق من الفسخ الباب الخامس فى التخيير والتمليك

الباب الاول

واتفقوا على أن الطلاق نوعان بائن ورجعى وأن الرجعى هو الذى يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها وان من شرطه أن يكون فى مدخول بها وانما اتفقوا على هذا لقوله تعالى (يا أيها النبى اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة) الى

قوله تعالى (لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا) وللحديث الثابت أيضا من حديث ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم أمره أن يراجع زوجته لما طلقها حائضا ولا خلاف في هذا وأما الطلاق البائن فانهم اتفقوا على أن البينونة انما توجد للطلاق من قبل عدم الدخول ومن قبل عدد التطليقات ومن قبل العوض في الخلع على اختلاف بينهم هل الخلع طلاق أو فسخ على ما سيأتي بعد واتفقوا على أن العدد الذي يوجب البينونة في طلاق الحر ثلاث تطليقات اذا وقعت مفترقات لقوله تعالى (الطلاق مرتان) الآية واختلفوا اذا وقعت ثلاثا في اللفظ دون الفعل وكذلك اتفق الجمهور على أن الرق مؤثر في اسقاط أعداد الطلاق وأن الذي يوجب البينونة في الرق اثنتان واختلفوا هل هذا معتبر برق الزوج أو برق الزوجة أم برق من رق منهما ففي هذا الباب اذن ثلاث مسائل

﴿المسئلة الأولى﴾ جمهور فقهاء الامصار على أن الطلاق بلفظ الثلاث حكمه حكم الطلقة الثالثة وقال أهل الظاهر وجماعة حكمه حكم الواحدة ولا تأثير للفظ في ذلك وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى (الطلاق مرتان) الى قوله في الثالثة (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) والمطلق بلفظ الثلاث مطلق واحدة لا مطلق ثلاث واحتجوا أيضا بما خرجه البخاري ومسلم عن ابن عباس قال كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فأمضاه عليهم عمر واحتجوا أيضا بما رواه ابن اسحق عن عكرمة عن ابن عباس قال طلق ركانة زوجه ثلاثا في مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديدا فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف طلقتها قال طلقتها ثلاثا في مجلس واحد قال انما تلك طلقة واحدة فارتجعها وقد احتج من انتصر لقول الجمهور بان حديث ابن عباس الواقع في الصحيحين انما رواه عنه من أصحابه طاوس وان جلة أصحابه رووا عنه لزوم الثلاث منهم سعيد ابن جبير ومجاهد وعطاء وعمرو بن دينار وجماعة غيرهم وان حديث ابن اسحق وهم وانما روى الثقات انه طلق ركانة زوجه البتة لا ثلاثا وسبب الخلاف هل الحكم الذي جعله الشرع من البينونة للطلقة الثالثة يقع بالزام المكلف نفسه هذا الحكم في طلقة واحدة أم ليس يقع ولا يلزم من ذلك الا ما ألزم

الشرع فمن شبه الطلاق بالافعال التى يشترط فى صحة وقوعها كون الشروط الشرعية فيها كالنكاح والبيوع قال لا يلزم ومن شبهه بالنذور والايمان التى ما التزم العبد منها لزمه على أى صفة كان ألزم الطلاق كيفما ألزمه المطلق نفسه وكأن الجهور غلبوا حكم التغليظ فى الطلاق سدا للذريعة ولكن تبطل بذلك الرخصة الشرعية والرفق المقصود فى ذلك أعنى فى قوله تعالى (لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا)

﴿المسئلة الثانية﴾ وأما اختلافهم فى اعتبار نقص عدد الطلاق البائن بالرق فمنهم من قال المعتبر فيه الرجال فاذا كان الزوج عبدا كان طلاقه البائن الطلقة الثانية سواء كانت الزوجة حرة أو أمة وبهذا قال مالك والشافعى ومن الصحابة عثمان بن عفان وزيد بن ثابت وابن عباس وان كان اختلف عنه فى ذلك لكن الاشهر عنه هو هذا القول ومنهم من قال ان الاعتبار فى ذلك هو بالنساء فاذا كانت الزوجة أمة كان طلاقها البائن الطلقة الثانية سواء كان الزوج عبدا أو حرا وممن قال بهذا القول من الصحابة على وابن مسعود ومن فقهاء الامصار أبو حنيفة وغيره وفى المسئلة قول أشذ من هذين وهو ان الطلاق يعتبر برق من رق منهما قال ذلك عثمان البتى وغيره وروى عن ابن عمر وسبب هذا الاختلاف هل المؤثر فى هذا هو رق المرأة أو رق الرجل فمن قال التأثير فى هذا لمن بيده الطلاق قال يعتبر بالرجال ومن قال التأثير فى هذا للذى يقع عليه الطلاق قال هو حكم من أحكام المطلقة فشبهوها بالعدة وقد أجمعوا على أن العدة بالنساء أى نقصانها تابع لرق النساء واحتج الفريق الاول بما روى عن ابن عباس مرفوعا الى النبى عليه الصلاة والسلام انه قال الطلاق بالرجال والعدة [illegible] انه حديث لم يثبت فى الصحاح وأما من اعتبر من رق منهما فانه جعل سبب ذلك هو الرق مطلقا ولم يجعل سبب ذلك لا الذكورية ولا الانوثية مع الرق

﴿المسئلة الثالثة﴾ وأما كون الرق مؤثرا فى نقصان عدد الطلاق فانه حكى قوم انه اجماع وأبو محمد بن حزم وجماعة من أهل الظاهر يخالفون فيه ويرون أن الحر والعبد فى هذا سواء وسبب الخلاف معارضة الظاهر فى هذا للقياس وذلك ان الجهور صاروا الى هذا المكان قياس طلاق العبد والامة على حدودهما وقد أجمعوا على كون

الرق مؤثرا فى نقصان الحد وأما أهل الظاهر فلما كان الاصل عندهم أن حكم العبد فى التكاليف حكم الحر الا ما أخرجه الدليل والدليل عندهم هو نص أو ظاهر من الكتاب أو السنة ولم يكن هنا دليل مسموع صحيح وجب ان يبقى العبد على أصله ويشبه ان يكون قياس الطلاق على الحد غير سديد لان المقصود بنقصان الحد رخصة للعبد لمكان نقصه وان الفاحشة ليست تقبح منه قبحها من الحر وأما نقصان الطلاق فهو من باب التغليظ لان وقوع التحريم على الانسان بتطليقتين أغلظ من وقوعه بثلاث لما عسى أن يقع فى ذلك من الندم والشرع انما سلك فى ذلك سبيل الوسط وذلك انه لو كانت الرجعة دائمة بين الزوجة لعنتت المرأة وشقيت ولو كانت البينونة واقعة فى الطلقة الواحدة لعنت الزوج من قبل الندم وكان ذلك عسرا عليه فجمع الله بهذه الشريعة بين المصلحتين ولذلك ما نرى والله أعلم أن من ألزم الطلاق الثلاث فى واحدة فقد رفع الحكمة الموجودة فى هذه السنة المشروعة

الباب الثانى

أجمع العلماء على أن المطلق للسنة فى المدخول بها هو الذى يطلق امرأته فى طهر لم يمسها فيه طلقة واحدة وأن المطلق فى الحيض أو الطهر الذى مسها فيه غير مطلق للسنة وانما أجمعوا على هذا لما ثبت من حديث ابن عمر انه طلق امرأته وهى حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسك وان شاء طلق قبل ان يمس فتلك العدة التى أمر الله ان تطلق لها النساء واختلفوا من هذا الباب فى ثلاثة مواضع الموضع الاول هل من شرطه أن لا يتبعها طلاقا فى العدة والثانى هل المطلق ثلاثا أعنى بلفظ الثلاث مطلق للسنة أم لا والثالث فى حكم من طلق فى وقت الحيض

﴿أما الموضع الاول﴾ فانه اختلف فيه مالك وأبو حنيفة ومن تبعهما فقال مالك من شرطها أن لا يتبعها فى العدة طلاقا آخر وقال أبو حنيفة ان طلقها عند كل طهر طلقة واحدة كان مطلقا للسنة وسبب هذا الاختلاف هل من شرط هذا الطلاق ان يكون فى حال الزوجية بعد رجعة أم ليس من شرطه فمن قال هو من شرطه قال لا يتبعها فيه

طلاقا ومن قال ليس من شرطه أن تتبعها الطلاق ولا خلاف بينهم فى وقوع الطلاق المتبع

﴿ وأما الموضع الثانى ﴾ فان مالكا ذهب الى ان المطلق ثلاثا بلفظ واحد مطلق لغير سنة وذهب الشافعى الى انه مطلق للسنة وسبب الخلاف معارضة اقراره عليه الصلاة والسلام للمطلق بين يديه ثلاثا فى لفظة واحدة لمفهوم الكتاب فى حكم الطلقة الثالثة والحديث الذى احتج به الشافعى هو ماثبت من أن العجلانى طلق زوجه ثلاثا بحضرة رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الفراغ من الملاعنة قال فلو كان بدعة لما أقره رسول الله صلى الله عليه وسلم وأما مالك فلما رأى أن المطلق بلفظ الثلاث رافع للرخصة التى جعلها الله فى العدد قال فيه انه ليس للسنة واعتذر أصحابه عن الحديث بان المتلاعنين عنده قد وقعت الفرقة بينهما من قبل التلاعن نفسه فوقع الطلاق على غير محله فلم يتصف لا بسنة ولا ببدعة وقول مالك والله أعلم أظهر ههنا من قول الشافعى

﴿ وأما الموضع الثالث ﴾ فى حكم من طلق فى وقت الحيض فان الناس اختلفوا من ذلك فى مواضع منها ان الجمهور قالوا يمضى طلاقه وقالت فرقة لا ينفذ ولا يقع والذين قالوا ينفذ قالوا يؤمر بالرجعة وهؤلاء افترقوا فرقتين فقوم رأوا ان ذلك واجب وانه يجبر على ذلك وبه قال مالك وأصحابه وقالت فرقة بل يندب الى ذلك ولا يجبر وبه قال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وأحمد والذين أوجبوا الاجبار اختلفوا فى الزمان الذى يقع فيه الاجبار فقال مالك وأكثر أصحابه ابن القاسم وغيره يجبر مالم تنقض عدتها وقال أشهب لا يجبر الا فى الحيضة الاولى والذين قالوا بالامر بالرجعة اختلفوا متى يوقع الطلاق بعد الرجعة ان شاء فقوم اشترطوا فى الرجعة ان يمسكها حتى تطهر من تلك الحيضة ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء طلقها وان شاء أمسكها وبه قال مالك والشافعى وجماعة وقوم قالوا بل يراجعها فاذا طهرت من تلك الحيضة التى طلقها فيها فان شاء أمسك وان شاء طلق وبه قال أبو حنيفة والكوفيون وكل من اشترط فى طلاق السنة ان يطلقها فى طهر لم يمسها فيه لم ير الامر بالرجعة اذا طلقها فى طهر مسها فيه فهنا اذا أربع مسائل أحدها هل يقع هذا الطلاق أم لا والثانية ان وقع فهل يجبر على الرجعة أم يؤمر فقط والثالثة متى يوقع الطلاق

بعد الاجبار أو الندب والرابعة متى يقع الاجبار

﴿ أما المسئلة الاولى ﴾ فان الجمهور انما صاروا الى ان الطلاق ان وقع فى الحيض اعتدبه وكان طلاقا لقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عمر مره فليراجعها قالوا والرجعة لا تكون الا بعد طلاق وروى الشافعى عن مسلم بن خالد عن ابن جريج انهم أرسلوا الى نافع يسألونه هل حسبت تطليقة ابن عمر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم وروى انه الذى كان يفتى به ابن عمر وأما من لم ير هذا الطلاق واقعا فانه اعتمد عموم قوله صلى الله عليه وسلم كل فعل أو عمل ليس عليه أمرنا فهو رد وقالوا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برده يشعر بعدم نفوذه ووقوعه و بالجملة فسبب الاختلاف هل الشروط التى اشترطها الشرع فى الطلاق السنى هى شروط صحة واجزاء أم شروط كمال وتمام فمن قال شروط اجزاء قال لا يقع الطلاق الذى عدم هذه الصفة ومن قال شروط كمال وتمام قال يقع و يندب الى أن يقع كاملا ولذلك من قال بوقوع الطلاق وجبره على الرجعة فقد تناقض فتدبر ذلك

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهى هل يجبر على الرجعة أولا يجبر فمن اعتمد ظاهر الامر وهو الوجوب على ما هو عليه عند الجمهور قال يجبر ومن لحظ هذا المعنى الذى قلناه من كون الطلاق واقعا قال هذا الأمر هو على الندب

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهى متى يوقع الطلاق بعد الاجبار فان من اشترط فى ذلك أن يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فانما صار لذلك لانه المنصوص عليه فى حديث ابن عمر المتقدم قالوا والمعنى فى ذلك لتصح الرجعة بالوطء فى الطهر الذى بعد الحيض لانه لو طلقها فى الطهر الذى بعد الحيضة لم يكن عليها من الطلاق الآخر عدة لانه كان يكون كالمطلق قبل الدخول و بالجملة فقالوا ان من شرط الرجعة وجود زمان يصح فيه الوطء وعلى هذا التعليل يكون من شروط طلاق السنة ان يطلقها فى طهر لم يطلق فى الحيضة التى قبله وهو أحد الشروط المشترطة عند مالك فى طلاق السنة فيما ذكره عبد الوهاب وأما الذين لم يشترطوا ذلك فانهم صاروا الى ما روى يونس ابن جبير وسعيد بن جبير وابن سيرين ومن تابعهم عن ابن عمر فى هذا الحديث انه قال يراجعها فاذا طهرت طلقها ان شاء وقالوا المعنى فى ذلك انه انما أمر بالرجوع

عقوبة له لانه طلق فى زمان كره له فيه الطلاق فاذا ذهب ذلك الزمان وقع منه الطلاق على وجه غير مكروه فسبب اختلافهم تعارض الآثار فى هذه المسئلة وتعارض مفهوم العلة

﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ وهى متى يجبر فانما ذهب مالك الى انه يجبر على رجعتها طول زمان العدة لانه الزمان الذى له فيه ارتجاعها وأما أشهب فانه انما صار فى هذا الى ظاهر الحديث لان فيه مره فليراجعها حتى تطهر فدل ذلك على أن المراجعة كانت فى الحيضة وأيضا فانه قال انما أمر بمراجعتها لئلا تطول عليها العدة فانه اذا وقع عليها الطلاق فى الحيضة لم تعتد بها باجماع فان قلنا انه يراجعها فى غير الحيضة كان ذلك عليها أطول وعلى هذا التعليل فينبغى ان يجوز ايقاع الطلاق فى الطهر الذى بعد الحيضة فسبب الاختلاف هو سبب اختلافهم فى علة الامر بالرد

(الباب الثالث فى الخلع)

واسم الخلع والفدية والصلح والمبارأة كلها تؤل الى معنى واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها الا ان اسم الخلع يختص ببذلها له جميع ما أعطاها والصلح ببعضه والفدية بأكثره والمبارأة باسقاطها عنه حقا لها عليه على ما زعم الفقهاء والكلام ينحصر فى أصول هذا النوع من الفراق فى أربعة فصول فى جواز وقوعه أولا ثم ثانيا فى شروط وقوعه أعنى جواز وقوعه ثم ثالثا فى نوعه أعنى هل هو طلاق أو فسخ ثم رابعا فيما يلحقه من الاحكام

(الفصل الاول)

فأما جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء والاصل فى ذلك الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) وأما السنة فحديث ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس أتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس لا أعيب عليه فى خلق ولا دين ولكن أكره الكفر بعد الدخول فى الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته قالت نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة وطلقها طلقة واحدة خرجه بهذا اللفظ البخارى

وأبو داود والنسائي وهو حديث متفق على صحته وشذ أبو بكر بن عبد الله المزيني عن الجهور فقال لا يحل للزوج ان يأخذ من زوجته شيأ واستدل على ذلك بأنه زعم ان قوله تعالى (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) منسوخ بقوله تعالى (وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا) الآية والجهور على أن معنى ذلك بغير رضاها واما برضاها فجائز فسبب الخلاف حمل هذا اللفظ على عمومه أو على خصوصه

(الفصل الثاني)

فأما شروط جوازه فنها ما يرجع الى القدر الذى يجوز فيه ومنها ما يرجع الى صفة الشئ الذى يجوز به ومنها ما يرجع الى الحال التى يجوز فيها ومنها ما يرجع الى صفة من يجوز له الخلع من النساء أو من أوليائهن ممن لا تملك أمرها ففي هذا الفصل أربع مسائل

﴿ المسئلة الاولى ﴾ أما مقدار ما يجوز لها ان تختلع به فان مالكا والشافعي وجماعة قالوا جائز أن تختلع المرأة بأكثر مما يصير لها من الزوج في صداقها اذا كان النشوز من قبلها و بمثله و بأقل منه وقال قائلون ليس له ان يأخذ أكثر مما أعطاها على ظاهر حديث ثابت فمن شبهه بسائر الاعواض فى المعاملات رأى ان القدر فيه راجع الى الرضا ومن أخذ بظاهر الحديث لم يجز أكثر من ذلك وكأنه رآه من باب أخذ المال بغير حق

﴿ المسئلة الثانية ﴾ وأما صفة العوض فان الشافعي وأبا حنيفة يشترطان فيه ان يكون معلوم الصفة ومعلوم الوجود ومالك يجيز فيه المجهول الوجود والقدر والمعدوم مثل الآبق والشارد والثمرة التى لم يبد صلاحها والعبد غير الموصوف وحكى عن أبى حنيفة جواز الغرر ومنع المعدوم وسبب الخلاف تردد العوض ههنا بين العوض فى البيوع أو الاشياء الموهوبة والموصى بها فمن شبهها بالبيوع اشترط فيه ما يشترط فى البيوع وفى أعواض البيوع ومن شبهه بالهبات لم يشترط ذلك واختلفوا اذا وقع الخلع بما لا يحل كالخمر والخنزير هل يجب لها عوض أم لا بعد اتفاقهم على ان الطلاق يقع فقال مالك لا تستحق عوضا وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي

يجب لها مهر المثل (١)

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ وأما ما يرجع الى الحال التى يجوز فيها الخلع من التى لا يجوز فان الجهور على أن الخلع جائز مع التراضى اذا لم يكن سبب رضاها بما تعطيه اضراره بها والاصل فى ذلك قوله تعالى (ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا أن يأتين بفاحشة مبينة) وقوله تعالى (فان خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) وشذ أبو قلابة والحسن البصرى فقالا لا يحل للرجل الخلع عليها حتى يشاهدها تزنى وحملوا الفاحشة فى الآية على الزنا وقال داود لا يجوز الا بشرط الخوف أن لا يقيما حدود الله على ظاهر الآية وشذ النعمان فقال يجوز الخلع مع الاضرار والفقه ان الفداء انما جعل للمرأة فى مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق فانه لما جعل الطلاق بيد الرجل اذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة اذا فركت الرجل فيتحصل فى الخلع خمسة أقوال قول انه لا يجوز أصلا وقول انه يجوز على كل حال أى مع الضرر وقول انه لا يجوز الا مع مشاهدة الزنا وقول مع خوف أن لا يقيما حدود الله وقول انه يجوز فى كل حال الا مع الضرر وهو المشهور

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ وأما من يجوز له الخلع ممن لا يجوز فانه لا خلاف عند الجهور ان الرشيدة تخالع عن نفسها وان الامة لا تخالع عن نفسها الا برضا سيدها وكذلك السفيهة مع وليها عند من يرى الحجر وقال مالك يخالع الاب على ابنته الصغيرة كما ينكحها وكذلك على ابنه الصغير لانه عنده يطلق عليه والخلاف فى الابن الصغير قال الشافعى وأبو حنيفة لا يجوز لانه لا يطلق عليه عندهم والله أعلم وخلع المريضة يجوز عند مالك اذا كان بقدر ميراثه منها وروى ابن نافع عن مالك انه يجوز خلعها بالثلث كله وقال الشافعى لو اختلعت بقدر مهر مثلها جاز وكان من رأس المال وان زاد على ذلك كانت الزيادة من الثلث وأما المهملة التى لا وصى لها ولا أب فقال ابن القاسم يجوز خلعها اذا كان خلع مثلها والجهور على أنه يجوز خلع المالكة لنفسها وشذ الحسن وابن سيرين فقالا لا يجوز الخلع الا باذن السلطان

---

(١) هكذا جميع النسخ ولعل الصواب يجب عليها فان العوض راجع للزوج فليتأمل اه مصححه

(الفصل الثالث)

وأما نوع الخلع فجمهور العلماء على أنه طلاق وبه قال مالك وأبو حنيفة سوى بين الطلاق والفسخ وقال الشافعي هو فسخ وبه قال أحمد وداود ومن الصحابة ابن عباس وقد روى عن الشافعي أنه كناية فان أراد به الطلاق كان طلاقا والا كان فسخا وقد قيل عنه فى قوله الجديد انه طلاق وفائدة الفرق هل يعتد به فى التطليقات أم لا وجمهور من رأى أنه طلاق يجعله بائنا لأنه لو كان للزوج فى العدة منه الرجعة عليها لم يكن لافتدائها معنى وقال أبو ثور ان لم يكن بلفظ الطلاق لم يكن له عليها رجعة وان كان بلفظ الطلاق كان له عليها الرجعة احتج من جعله طلاقا بأن الفسوخ انما هى التى تقتضى الفرقة الغالبة للزوج فى الفراق مما ليس يرجع الى اختياره وهذا راجع الى الاختيار فليس بفسخ واحتج من لم يره طلاقا بأن الله تبارك وتعالى ذكر فى كتابه الطلاق فقال (الطلاق مرتان) ثم ذكر الافتداء ثم قال (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) فلو كان الافتداء طلاقا لكان الطلاق الذى لا تحل له فيه الا بعد زوج هو الطلاق الرابع وعند هؤلاء ان الفسوخ تقع بالتراضى قياسا على فسوخ البيع أعنى الاقالة وعند المخالف ان الآية انما تضمنت حكم الافتداء على انه شئ يلحق جميع أنواع الطلاق لا انه شئ غير الطلاق فسبب الخلاف هل اقتران العوض بهذه الفرقة يخرجها من نوع فرقة الطلاق الى نوع فرقة الفسخ أم ليس يخرجها

(الفصل الرابع)

وأما لواحقه ففروع كثيرة لكن نذكر منها ما اشتهر فمنها هل يرتدف على المختلعة طلاق أم لا فقال مالك لا يرتدف الا ان كان الكلام متصلا وقال الشافعى لا يرتدف وان كان الكلام متصلا وقال أبو حنيفة يرتدف ولم يفرق بين الفور والتراخى وسبب الخلاف ان العدة عند الفريق الأول من أحكام الطلاق وعند أبى حنيفة من أحكام النكاح ولذلك لا يجوز عنده أن ينكح مع المبتوتة أختها فمن رآها من أحكام النكاح ارتدف الطلاق عنده ومن لم ير ذلك لم يرتدف ومنها ان جمهور العلماء أجمعوا

على أنه لا رجعة للزوج على المختلعة فى العدة الا ماروى عن سعيد بن المسيب وابن شهاب انهما قالا ان ردها ما أخذ منها فى العدة أشهد على رجعتها والفرق الذى ذكرناه عن أبى ثور بين أن يكون بلفظ الطلاق أو لا يكون ومنها ان الجمهور أجمعوا على ان له أن يتزوجها برضاها فى عدتها وقالت فرقة من المتأخرين لا يتزوجها هو ولا غيره فى العدة وسبب اختلافهم هل المنع من النكاح فى العدة عبادة أو ليست بعبادة بل معلل واختلفوا فى عدة المختلعة وسيأتى بعد واختلفوا اذا اختلف الزوج والزوجة فى مقدار العدد الذى وقع به الخلع فقال مالك القول قوله ان لم يكن هنالك بينة وقال الشافعى يتحالفان ويكون عليها مهر المثل شبه الشافعى اختلافهما باختلاف المتبايعين وقال مالك هى مدعى عليها وهو مدع ومسائل هذا الباب كثيرة وليس مما يليق بقصدنا

(الباب الرابع)

واختلف قول مالك رحمه الله فى الفرق بين الفسخ الذى لا يعتد به فى التطليقات الثلاث وبين الطلاق الذى يعتد به فى الثلاث الى قولين أحدهما ان النكاح ان كان فيه خلاف خارج عن مذهبه أعنى فى جوازه وكان الخلاف مشهورا فالفرقة عنده فيه طلاق مثل الحكم بتزويج المرأة نفسها والمحرم فهذه على هذه الرواية هى طلاق لا فسخ والقول الثانى ان الاعتبار فى ذلك هو بالسبب الموجب للتفرق فان كان غير راجع الى الزوجين مما لو أراد الاقامة على الزوجية معه لم يصح كان فسخا مثل نكاح المحرمة بالرضاع أو النكاح فى العدة وان كان مما لهما ان يقيما عليه مثل الرد بالعيب كان طلاقا

(الباب الخامس)

ومما يعد من أنواع الطلاق مما يرى ان له أحكاما خاصة التمليك والتخيير والتمليك عن مالك فى المشهور غير التخيير وذلك ان التمليك هو عنده تمليك المرأة ايقاع الطلاق فهو يحتمل الواحدة فما فوقها ولذلك له أن يناكرها عنده فيما فوق الواحدة والخيار بخلاف ذلك لأنه يقتضى ايقاع طلاق تنقطع معه العصمة الا أن يكون

تخييرا مقيدا مثل أن يقول لها اختارى نفسك أو اختارى تطليقة أو تطليقتين ففى الخيار المطلق عند مالك ليس لها الا أن تختار زوجها أو تبين منه بالثلاث وان اختارت واحدة لم يكن لها ذلك والمملكة لا يبطل تمليكها عنده ان لم توقع الطلاق حتى يطول الأمر بها على احدى الروايتين أو يتفرقا من المجلس والرواية الثانية أنه يبقى لها التمليك الى أن ترد أو تطلق والفرق عند مالك بين التمليك وتوكيله اياها على تطليق نفسها ان فى التوكيل له أن يعزلها قبل أن تطلق وليس له ذلك فى التمليك وقال الشافعى اختارى وأمرك بيدك سواء ولا يكون ذلك طلاقا الا أن ينوي به وان نواه فهو ما أراد ان واحدة فواحدة وان ثلاثا فثلاث فله عنده ان يناكرها فى الطلاق نفسه وفى العدد فى الخيار أو التمليك وهى عنده ان طلقت نفسها رجعية وكذلك هى عند مالك فى التمليك وقال أبو حنيفة وأصحابه الخيار ليس بطلاق فان طلقت نفسها فى التمليك واحدة فهى بائنة وقال الثورى الخيار والتمليك واحد لا فرق بينهما وقد قيل القول قولها فى اعداد الطلاق فى التمليك وليس للزوج مناكرتها وهذا القول مروى عن على وابن المسيب وبه قال الزهرى وعطاء وقد قيل انه ليس للمرأة فى التمليك الا أن تطلق نفسها تطليقة واحدة وذلك مروى عن ابن عباس وعمر رضى الله عنهما روى انه جاء ابن مسعود رجل فقال كان بينى وبين امرأتى بعض ما يكون بين الناس فقالت لو أن الذى بيدك من أمرى بيدى لعلمت كيف أصنع قال فان الذى بيدى من أمرك بيدك قالت فأنت طالق ثلاثا قال أراها واحدة وأنت أحق بها ما دامت فى عدتها وسألقى أمير المؤمنين عمر ثم لقيه فقص عليه القصة فقال صنع الله بالرجال وفعل يعمدون الى ما جعل الله فى أيديهم فيجعلونه بأيدى النساء بفيها التراب ماذا قلت فيها قال قلت أراها واحدة وهو أحق بها قال وأنا أرى ذلك ولو رأيت غير ذلك علمت انك لم تصب وقد قيل ليس التمليك بشئ لأن ما جعل الشرع بيد الرجل ليس يجوز أن يرجع الى يد المرأة بجعل جاعل وكذلك التخيير وهو قول أبى محمد بن حزم وقول مالك فى المملكة ان لها الخيار فى الطلاق أو البقاء على العصمة ما دامت فى المجلس وهو قول الشافعى وأبى حنيفة والاوزاعى وجماعة فقهاء الامصار وعند الشافعى أن التمليك اذا أراد

به الطلاق كالوكالة وله ان يرجع فى ذلك متى أحب ذلك مالم يوقع الطلاق وانما صار الجمهور للقضاء بالتمليك أو التخيير وجعل ذلك للنساء لما ثبت من تخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه قالت عائشة خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يكن طلاقا لكن أهل الظاهر يرون ان معنى ذلك انهن لو اخترن أنفسهن طلقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا انهن كن يطلقن بنفس اختيار الطلاق وانما صار جمهور الفقهاء الى ان التخيير والتمليك واحد فى الحكم لان من عرف دلالة اللغة ان من ملك انسانا أمرا من الامور ان شاء أن يفعله أو لا يفعله فانه قد خيره وأما مالك فيرى ان قوله لها اختاريني أو اختاري نفسك انه ظاهر بعرف الشرع فى معنى البينونة بتخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه لأن المفهوم منه انما كان البينونة وانما رأى مالك أنه لا يقبل قول الزوج فى التمليك أنه لم يرد به طلاقا اذا زعم ذلك لانه لفظ ظاهر فى معنى جعل الطلاق بيدها وأما الشافعى فلما لم يكن اللفظ عنده نصا اعتبر فيه النية فسبب الخلاف هل يغلب ظاهر اللفظ أو دعوى النية وكذلك فعل فى التخيير وانما اتفقوا على ان له مناكرتها فى العدد أعنى فى لفظ التمليك لانه لا يدل عليه دلالة محتملة فضلا عن ظاهره وانما رأى مالك والشافعى أنه اذا طلقت نفسها بتمليكه اياها طلقة واحدة انها تكون رجعية لان الطلاق انما يحمل على العرف الشرعى وهو طلاق السنة وانما رأى أبو حنيفة انها بائنة لانه اذا كان له عليها رجعة لم يكن لما طلبت من التمليك فائدة ولما قصد هو من ذلك وأما من رأى ان لها أن تطلق نفسها فى التمليك ثلاثا وانه ليس للزوج مناكرتها فى ذلك فلأن معنى التمليك عنده انما هو تصيير جميع ما كان بيد الرجل من الطلاق بيد المرأة فهى مخيرة فيما توقعه من أعداد الطلاق وأما من جعل التمليك طلقة واحدة فقط أو التخيير فانما ذهب الى انه أقل ماينطلق عليه الاسم واحتياطا للرجال لان العلة فى جعل الطلاق بأيدى الرجال دون النساء هو لنقصان عقلهن وغلبة الشهوة عليهن مع سوء المعاشرة وجمهور العلماء على ان المرأة اذا اختارت زوجها انه ليس بطلاق لقول عائشة المتقدم وروى عن الحسن البصرى انها اذا اختارت زوجها فواحدة واذا اختارت نفسها فثلاث فيتحصل فى هذه

المسئلة الخلاف فى ثلاثة مواضع أحدها أنه لا يقع بواحد منهما طلاق والثانى أنه تقع بينهما فرقة والثالث الفرق بين التخيير والتمليك فيما تملك به المرأة أعنى ان تملك بالتخيير البينونة وبالتمليك مادون البينونة واذا قلنا بالبينونة فقيل تملك واحدة وقيل تملك الثلاث واذا قلنا انها تملك واحدة فقيل رجعية وقيل بائنة وأما حكم الالفاظ التى تجيب بها المرأة فى التخيير والتمليك فهى ترجع الى حكم الالفاظ التى يقع بها الطلاق فى كونها صريحة فى الطلاق أو كناية أو محتملة وسيأتى تفصيل ذلك عند التكلم فى ألفاظ الطلاق ﴿ الجملة الثانية ﴾ وفى هذه الجملة ثلاثة أبواب الباب الاول فى ألفاظ الطلاق وشروطه الباب الثانى فى تفصيل من يجوز طلاقه ممن لا يجوز الباب الثالث فى تفصيل من يقع عليها الطلاق من النساء ممن لا يقع

﴿ الباب الأول ﴾

وهذا الباب فيه فصلان الفصل الاول فى أنواع ألفاظ الطلاق المطلقة الفصل الثانى فى أنواع ألفاظ الطلاق المقيدة

(الفصل الاول)

أجمع المسلمون على ان الطلاق يقع اذا كان بنية وبلفظ صريح واختلفوا هل يقع بالنية مع اللفظ الذى ليس بصريح أو بالنية دون اللفظ أو باللفظ دون النية فمن اشترط النية واللفظ الصريح فاتباعا لظاهر الشرع وكذلك من أقام الظاهر مقام الصريح ومن شبهه بالعقد فى النذر وفى اليمين أوقعه بالنية فقط ومن أعمل التهمة أوقعه باللفظ فقط واتفق الجمهور على ان ألفاظ الطلاق المطلقة صنفان صريح وكناية واختلفوا فى تفصيل الصريح من الكناية وفى أحكامها وما يلزم فيها ونحن فانما قصدنا من ذلك ذكر المشهور وما يجرى مجرى الاصول فقال مالك وأصحابه الصريح هو لفظ الطلاق فقط وما عدا ذلك كناية وهى عنده على ضربين ظاهرة ومحتملة وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى ألفاظ الطلاق الصريحة ثلاث الطلاق والفراق والسراح وهى المذكورة فى القرآن وقال بعض أهل الظاهر لا يقع طلاق الا بهذه

الثلاث فهذا هو اختلافهم فى صريح الطلاق من غير صريحه وانما اتفقوا على ان لفظ الطلاق صريح لأن دلالته على هذا المعنى الشرعى دلالة وضعية بالشرع فصار أصلا فى هذا الباب وأما ألفاظ الفراق والسراح فهى مترددة بين أن يكون للشرع فيها تصرف أعنى ان تدل بعرف الشرع على المعنى الذى يدل عليه الطلاق أو هى باقية على دلالتها اللغوية فاذا استعملت فى هذا المعنى أعنى فى معنى الطلاق كانت مجازا اذ هذا هو معنى الكناية أعنى اللفظ الذى يكون مجازا فى دلالته وانما ذهب من ذهب الى انه لا يقع الطلاق الا بهذه الالفاظ الثلاثة لأن الشرع انما ورد بهذه الالفاظ الثلاثة وهى عبادة ومن شرطها اللفظ فوجب ان يقتصر بها على اللفظ الشرعى الوارد فيها فأما اختلافهم فى أحكام صريح ألفاظ الطلاق ففيه مسئلتان مشهورتان احداهما اتفق مالك والشافعى وأبو حنيفة عليها والثانية اختلفوا فيها فأما التى اتفقوا عليها فان مالكا والشافعى وأبا حنيفة قالوا لا يقبل قول المطلق اذا نطق بألفاظ الطلاق انه لم يرد به طلاقا اذا قال لزوجته أنت طالق وكذلك السراح والفراق عند الشافعى واستثنت المالكية بان قالت الا أن تقترن بالحالة أو بالمرأة قرينة تدل على صدق دعواه مثل أن تسأله أن يطلقها من وثاق هى فيه وشبهه فيقول لها أنت طالق وفقه المسئلة عند الشافعى وأبى حنيفة ان الطلاق لا يحتاج عندهم الى نية وأما مالك فالمشهور عنه ان الطلاق عنده يحتاج الى النية لكن لم ينوه ههنا لموضع التهم ومن رأيه الحكم بالتهم سدا للذرائع وذلك مما خالفه فيه الشافعى وأبو حنيفة فيجب على رأى من يشترط النية فى ألفاظ الطلاق ولا يحكم بالتهم ان يصدقه فيما ادعى

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ فهى اختلافهم فيمن قال لزوجته أنت طالق وادعى انه أراد بذلك أكثر من واحدة اما اثنتين واما ثلاثا فقال مالك هو ما نوى وقد لزمه وبه قال الشافعى الا أن يقيد فيقول طلقة واحدة وهذا القول هو المختار عند أصحابه وأما أبو حنيفة فقال لا يقع ثلاث بلفظ الطلاق لأن العدد لا يتضمنه لفظ الافراد لا كناية ولا تصريحا وسبب اختلافهم هل يقع الطلاق بالنية دون اللفظ أو بالنية مع اللفظ المحتمل فمن قال بالنية أوجب الثلاث وكذلك من قال بالنية واللفظ المحتمل

ورأى ان لفظ الطلاق يحتمل العدد ومن رأى انه لا يحتمل العدد وانه لا بد من اشتراط اللفظ فى الطلاق مع النية قال لا يجب العدد وان نواه وهذه المسئلة اختلفوا فيها وهى من مسائل شروط ألفاظ الطلاق أعنى اشتراط النية مع اللفظ أو بانفراد أحدهما فالمشهور عن مالك أن الطلاق لا يقع الا باللفظ والنية وبه قال أبو حنيفة وقد روى عنه أنه يقع باللفظ دون النية وعند الشافعى ان لفظ الطلاق الصريح لا يحتاج الى نية فمن اكتفى بالنية احتج بقوله صلى الله عليه وسلم انما الاعمال بالنيات ومن لم يعتبر النية دون اللفظ احتج بقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما حدثت به أنفسها والنية دون قول حديث نفس قال وليس يلزم من اشترط النية فى العمل فى الحديث المتقدم ان تكون النية كافية بنفسها واختلف المذهب هل يقع بلفظ الطلاق فى المدخول بها طلاق بائن اذا قصد ذلك المطلق ولم يكن هنالك عوض فقيل يقع وقيل لا يقع وهذه المسئلة هى من مسائل احكام صريح ألفاظ الطلاق وأما ألفاظ الطلاق التى ليست بصريح فمنها ماهى كناية ظاهرة عند مالك ومنها ماهى كناية محتملة ومذهب مالك أنه اذا ادعى فى الكناية الظاهرة انه لم يرد طلاقا لم يقبل قوله الا أن تكون هنالك قرينة تدل على ذلك كرأيه فى الصريح وكذلك لا يقبل عنده ما يدعيه من دون الثلاث فى الكنايات الظاهرة وذلك فى المدخول بها الا أن يكون قال ذلك فى الخلع وأما غير المدخول بها فيصدقه فى الكناية الظاهرة فيما دون الثلاث لان طلاق غير المدخول بها بائن وهذه هى مثل قولهم حبلك على غاربك ومثل البتة ومثل قولهم أنت خلية وبرية وأما مذهب الشافعى فى الكنايات الظاهرة فانه يرجع فى ذلك الى ما نواه فان كان نوى طلاقا كان طلاقا وان كان نوى ثلاثا كان ثلاثا أو واحدة كان واحدة ويصدق فى ذلك وقول أبى حنيفة فى ذلك مثل قول الشافعى الا أنه اذا نوى على أصله واحدة أو اثنتين وقع عنده طلقة واحدة بائنة وان اقترنت به قرينة تدل على الطلاق وزعم أنه لم ينوه لم يصدق وذلك اذا كان عنده فى مذاكرة الطلاق وأبو حنيفة يطلق بالكنايات كلها اذا اقترنت بها هذه القرينة الا أربع حبلك على غاربك واعتدى واستبرئى وتقنعى لأنها عنده من المحتملة غير الظاهرة وأما ألفاظ الطلاق المحتملة غير الظاهرة

فعندمالك أنه يعتبر فيها نيته كالحال عند الشافعي فى الكناية الظاهرة وخالفه فى ذلك جمهور العلماء فقالوا ليس فيها شئ وان نوى طلاقا فيتحصل فى الكنايات الظاهرة ثلاثة أقوال قول أنه يصدق باطلاق وهو قول الشافعي وقول أنه لا يصدق باطلاق الا أن يكون هنالك قرينة وهو قول مالك وقول أنه يصدق الا أن يكون فى مذاكرة الطلاق وهو قول أبى حنيفة وفى المذهب خلاف فى مسائل يتردد حملها بين الظاهر والمحتمل و بين قوتها وضعفها فى الدلالة على صفة البينونة فوقع فيها الاختلاف وهى راجعة الى هذه الأصول وانما صار مالك الى أنه لا يقبل قوله فى الكنايات الظاهرة انه لم يرد به طلاقا لأن العرف اللغوى والشرعى شاهد عليه وذلك ان هذه الالفاظ انما تلفظ بها الناس غالبا والمراد بها الطلاق الا ان يكون هنالك قرينة تدل على خلاف ذلك وانما صار الى أنه لا يقبل قوله فيما يدعيه دون الثلاث لأن الظاهر من هذه الألفاظ هو البينونة والبينونة لا تقع الا خلعا عنده فى المشهور أو ثلاثا واذ لم تقع خلعا لانه ليس هناك عوض فبقى أن يكون ثلاثا وذلك فى المدخول بها ويتخرج على القول فى المذهب بأن البائن تقع من دون عوض ودون عدد أن يصدق فى ذلك وتكون واحدة بائنة وحجة الشافعي انه اذا وقع الاجماع على أنه يقبل قوله فيما دون الثلاث فى صريح ألفاظ الطلاق كان أحرى أن يقبل قوله فى كنايته لان دلالة الصريح أقوى من دلالة الكناية ويشبه أن تقول المالكية ان لفظ الطلاق وان كان صريحا فى الطلاق فليس بصريح فى العدد ومن الحجة للشافعي حديث ركانة المتقدم وهو مذهب عمر فى حبلك على غاربك وانما صار الشافعي الى أن الطلاق فى الكنايات الظاهرة اذا نوى ما دون الثلاث يكون رجعيا لحديث ركانة المتقدم وصار أبو حنيفة الى أنه يكون بائنا لانه المقصود به قطع العصمة ولم يجعله ثلاثا لان الثلاث معنى زائد على البينونة عنده فسبب اختلافهم هل يقدم عرف اللفظ على النية أو النية على عرف اللفظ واذا غلبنا عرف اللفظ فهل يقتضى البينونة فقط أو العدد فمن قدم النية لم يقض عليه بعرف اللفظ ومن قدم العرف الظاهر لم يلتفت الى النية ومما اختلف فيه الصدر الاول وفقهاء الامصار من هذا الباب أعنى من جنس المسائل الداخلة فى هذا الباب لفظ التحريم أعنى من قال لزوجته أنت على حرام وذلك أن

مالكاقال يحمل فى المدخول بها على البت أى الثلاث وينوى فى غير المدخول بها وذلك على قياس قوله المتقدم فى الكنايات الظاهرة وهو قول ابن أبى ليلى وزيد بن ثابت وعلى من الصحابة وبه قال أصحابه الا ابن الماجشون فانه قال لا ينوى فى غير المدخول بها وتكون ثلاثا فهذا هو أحد الأقوال فى هذه المسئلة والقول الثانى انه ان نوى بذلك ثلاثا فهى ثلاث وان نوى واحدة فهى واحدة بائنة وان نوى يمينا فهو يمين يكفرها وان لم ينو به طلاقا ولا يمينا فليس بشئ هى كذبة وقال بهذا القول الثورى والقول الثالث أنه يكون أيضا ما نوى بها ان نوى واحدة فواحدة أو ثلاثا فثلاث وان لم ينو شيأ فهو يمين يكفرها وهذا القول قاله الاوزاعى والقول الرابع أنه ينوى فيها فى الموضعين فى ارادة الطلاق وفى عدده فما نوى كان ما نوى فان نوى واحدة كان رجعيا وان أراد تحريمها بغير طلاق فعليه كفارة يمين وهو قول الشافعى والقول الخامس انه ينوى أيضا فى الطلاق وفى العدد فان نوى واحدة كانت بائنة فان لم ينو طلاقا كان يمينا وهو مول فان نوى الكذب فليس بشئ وهذا القول قاله أبو حنيفة وأصحابه والقول السادس انها يمين يكفرها ما يكفر اليمين الا أن بعض هؤلاء قال يمين مغلظة وهو قول عمر وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين وقال ابن عباس وقد سئل عنها لقد كان لكم فى رسول الله أسوة حسنة خرجه البخارى ومسلم ذهب الى الاحتجاج بقوله تعالى (يا أيها النبى لم تحرم ما أحل الله لك) الآية والقول السابع ان تحريم المرأة كتحريم الماء وليس فيه كفارة ولا طلاق لقوله تعالى (لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم) وهو قول مسروق والأجدع وأبى سلمة بن عبد الرحمن والشعبى وغيرهم ومن قال فيها انها غير مغلظة بعضهم أوجب فيها الواجب فى الظهار وبعضهم أوجب فيها عتق رقبة وسبب الاختلاف هل هو يمين أو كناية أو ليس بيمين ولا كناية فهذه أصول ما يقع من الاختلاف فى ألفاظ الطلاق

(الفصل الثانى فى ألفاظ الطلاق المقيدة)

والطلاق المقيد لا يخلو من قسمين اما تقييد اشتراط أو تقييد استثناء والتقييد المشترط لا يخلو أن يعلق بمشيئة من له اختيار أو بوقوع فعل من الافعال المستقبلة أو بخروج شئ مجهول العلم الى الوجود على ما يدعيه المعلق للطلاق به مما لا يتوصل الى علمه

الا بعد خروجه الى الحس أو الى الوجود أو بما لا سبيل الى الوقوف عليه مما هو ممكن ان يكون أو لا يكون فأما تعليق الطلاق بالمشيئة فانه لا يخلو ان يعلقه بمشيئة الله أو بمشيئة مخلوق فاذا علقه بمشيئة الله وسواء علقه على جهة الشرط مثل أن يقول أنت طالق ان شاء الله أو على جهة الاستثناء مثل أن يقول أنت طالق الا أن يشاء الله فان مالكا قال لا يؤثر الاستثناء فى الطلاق شيأ وهو واقع ولا بد وقال أبو حنيفة والشافعى اذا استثنى المطلق مشيئة الله لم يقع الطلاق وسبب الخلاف هل يتعلق الاستثناء بالافعال الحاضرة الواقعة كتعلقه بالافعال المستقبلة أو لا يتعلق وذلك ان الطلاق هو فعل حاضر فمن قال لا يتعلق به قال لا يؤثر الاستثناء ولا اشتراط المشيئة فى الطلاق ومن قال يتعلق به قال يؤثر فيه وأما ان علق الطلاق بمشيئة من تصح مشيئته ويتوصل الى علمها فلا خلاف فى مذهب مالك ان الطلاق يقف على اختيار الذى علق الطلاق بمشيئته وأما تعليق الطلاق بمشيئة من لا مشيئة له ففيه خلاف فى المذهب قيل يلزمه الطلاق وقيل لا يلزمه والصبى والمجنون داخلان فى هذا المعنى فمن شبهه بطلاق الهزل وكان الطلاق بالهزل عنده يقع قال يقع هذا الطلاق ومن اعتبر وجود الشرط قال لا يقع لأن الشرط قد عدم ههنا وأما تعليق الطلاق بالافعال المستقبلة فان الافعال التى يعلق بها توجد على ثلاثة أضرب أحدها ما يمكن أن يقع أو لا يقع على السواء كدخول الدار وقدوم زيد فهذا يقف وقوع الطلاق فيه على وجود الشرط بلا خلاف وأما ما لا بد من وقوعه كطلوع الشمس غدا فهذا يقع ناجزا عند مالك ويقف وقوعه عند الشافعى وأبى حنيفة على وجود الشرط فمن شبهه بالشرط الممكن الوقوع قال لا يقع الا بوقوع الشرط ومن شبهه بالوطء الواقع فى الاجل بنكاح المتعة لكونه وطأ مستباحا الى أجل قال يقع الطلاق والثالث هو الاغلب منه بحسب العادة وقوع الشرط وقد لا يقع كتعليق الطلاق بوضع الحمل ومجىء الحيض والطهر ففى ذلك روايتان عن مالك احداهما وقوع الطلاق ناجزا والثانية وقوعه على وجود شرطه وهو الذى يأتى على مذهب أبى حنيفة والشافعى والقول بانجاز الطلاق فى هذا يضعف لأنه مشبه عنده بما يقع ولا بد والخلاف فيه قوى وأما تعليق الطلاق بالشرط المجهول الوجود فان كان لا سبيل الى علمه مثل أن يقول ان كان خلق الله اليوم فى بحر القلزم حوتا بصفة كذا فأنت طالق فلا خلاف أعلمه

فى المذهب ان الطلاق يقع فى هذا وأما ان علقه بشئ يمكن ان يعلم بخروجه الى الوجود مثل ان يقول ان ولدت أنثى فانت طالق فان الطلاق يتوقف على خروج ذلك الشئ الى الوجود وأما ان حلف بالطلاق انها تلد أنثى فان الطلاق فى الحين يقع عنده وان ولدت أنثى وكان هذا من باب التغليظ والقياس يوجب ان يوقف الطلاق على خروج ذلك الشئ أوضده ومن قول مالك انه اذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط ان يفعل فعلا من الافعال انه لا يحنث حتى يفعل ذلك الفعل واذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط ترك فعل من الافعال فانه على الحنث حتى يفعل ويوقف عنده عن وطء زوجته فان امتنع عن ذلك الفعل أكثر من مدة أجل الايلاء ضرب له أجل الايلاء ولكن لا يقع عنده حتى يفوت الفعل ان كان مما يقع فوته ومن العلماء من يرى أنه على بر حتى يفوت الفعل وان كان مما لا يفوت كان على البر حتى يموت ومن هذا الباب اختلافهم فى تبعيض المطلقة أو تبعيض الطلاق وارداف الطلاق على الطلاق فأما مسئلة تبعيض المطلقة فان مالكا قال اذا قال يدك أو رجلك أو شعرك طالق طلقت عليه وقال أبو حنيفة لا تطلق الا بذكر عضو يعبر به عن جملة البدن كالرأس والقلب والفرج وكذلك تطلق عنده اذا اطلق الجزء منها مثل الثلث أو الربع وقال داود لا تطلق وكذلك اذا قال عند مالك طلقتك نصف تطليقة طلقت لأن هذا كله عنده لا يتبعض وعند المخالف اذا تبعض لم يقع وأما اذا قال لغير المدخول بها أنت طالق أنت طالق أنت طالق نسقا فانه يكون ثلاثا عند مالك وقال أبو حنيفة والشافعي يقع واحدة فمن شبه تكرار اللفظ بلفظه بالعدد أعنى بقوله طلقتك ثلاثا قال يقع الطلاق ثلاثا ومن رأى أنه باللفظة الواحدة قد بانت منه قال لا يقع عليها الثانى والثالث ولا خلاف بين المسلمين فى ارتدافه فى الطلاق الرجعى وأما الطلاق المقيد بالاستثناء فانما يتصوّر فى العدد فقط فاذا طلق أعدادا من الطلاق فلا يخلو من ثلاثة أحوال اما ان يستثنى ذلك العدد بعينه مثل ان يقول أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا أو اثنتين الا اثنتين واما ان يستثنى ماهو أقل واذا استثنى ماهو أقل فاما أن يستثنى ماهو أقل عما هو أكثر واما أن يستثنى ماهو أكثر عما هو أقل فاذا استثنى الاقل من الاكثر فلا خلاف أعلمه ان الاستثناء يصح ويسقط المستثنى مثل أن يقول أنت طالق ثلاثا الا واحدة وأما ان استثنى

الا كثر من الاقل فيتوجه فيه قولان أحدهما أن الاستثناء لا يصح وهو مبنى على
من منع أن يستثنى الا كثر من الاقل والآخر أن الاستثناء يصح وهو قول مالك
وأما اذا استثنى ذلك العدد بعينه مثل ان يقول أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا فان مالكا قال
يقع الطلاق لأنه اتهمه على أنه رجوع منه وأما اذا لم يقل بالتهمة وكان قصده بذلك
استحالة وقوع الطلاق فلا طلاق عليه كما لو قال أنت طالق لا طالق معا فان وقوع الشئ
مع ضده مستحيل وشذ أبو محمد بن حزم فقال لا يقع طلاق بصفة لم تقع بعد ولا بفعل
لم يقع لأن الطلاق لا يقع فى وقت وقوعه الا بايقاع من يطلق فى ذلك الوقت
ولا دليل من كتاب ولا سنة ولا اجماع على وقوع طلاق فى وقت لم يوقعه فيه المطلق
وانما ألزم نفسه ايقاعه فيه فان قلنا باللزوم لزم ان يوقف عند ذلك الوقت حتى
يوقع هذا قياس قوله عندى وحجته وان كنت لست أذكر فى هذا الوقت
احتجاجه فى ذلك

(الباب الثانى فى المطلق الجائز الطلاق)

واتفقوا على أنه الزوج العاقل البالغ الحر غير المكره واختلفوا فى طلاق المكره
والسكران وطلاق المريض وطلاق المقارب للبلوغ واتفقوا على انه يقع طلاق المريض
ان صح واختلفوا هل ترثه ان مات أم لا فأما طلاق المكره فانه غير واقع عند مالك
والشافعى وأحمد وداود وجماعة وبه قال عبد الله بن عمر وابن الزبير وعمر بن الخطاب
وعلى بن أبى طالب وابن عباس وفرق أصحاب الشافعى بين أن ينوى الطلاق أو لا
ينوى شيأ فان نوى الطلاق فعنهم قولان أصحهما لزومه وان لم ينو فقولان أصحهما
أنه لا يلزم وقال أبو حنيفة وأصحابه هو واقع وكذلك عتقه دون بيعه ففرقوا
بين البيع والطلاق والعتق وسبب الخلاف هل المطلق من قبل الاكراه مختار
أم ليس بمختار لأنه ليس يكره على اللفظ اذ كان اللفظ انما يقع باختياره والمكره
على الحقيقة هو الذى لم يكن له اختيار فى ايقاع الشئ أصلا وكل واحد من الفريقين
يحتج بقوله عليه السلام رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولكن
الاظهر أن المكره على الطلاق وان كان موقعا اللفظ باختياره انه ينطلق عليه فى
الشرع اسم المكره لقوله تعالى (الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان) وانما

فرق أبو حنيفة بين البيع والطلاق لأن الطلاق مغلظ فيه ولذلك استوى جده وهزله وأما طلاق الصبي فان المشهور عن مالك انه لا يلزمه حتى يبلغ وقال في مختصر ما ليس في المختصر انه يلزمه اذا ناهز الاحتلام وبه قال أحمد بن حنبل اذا هو أطاق صيام رمضان وقال عطاء اذا بلغ اثنتي عشرة سنة جاز طلاقه وروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأما طلاق السكران فالجمهور من الفقهاء على وقوعه وقال قوم لا يقع منهم المزني وبعض أصحاب أبي حنيفة والسبب في اختلافهم هل حكمه حكم المجنون أم بينهما فرق فمن قال هو والمجنون سواء اذ كان كلاهما فاقدا للعقل ومن شرط التكليف العقل قال لا يقع ومن قال الفرق بينهما أن السكران أدخل الفساد على عقله بارادته والمجنون بخلاف ذلك ألزم السكران الطلاق وذلك من باب التغليظ عليه واختلف الفقهاء فيما يلزم السكران بالجملة من الاحكام وما لا يلزمه فقال مالك يلزمه الطلاق والعتق والقود من الجراح والقتل ولم يلزمه النكاح ولا البيع وألزمه أبو حنيفة كل شيء وقال الليث كل ما جاء من منطق السكران فموضوع عنه ولا يلزمه طلاق ولا عتق ولا نكاح ولا بيع ولا حد في قذف وكل ما جنته جوارحه فلازم له فيحد في الشرب والقتل والزنا والسرقة وثبت عن عثمان بن عفان رضي الله عنه انه كان لا يرى طلاق السكران وزعم بعض أهل العلم انه لا مخالف لعثمان في ذلك من الصحابة وقول من قال ان كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه ليس نصا في الزام السكران الطلاق لأن السكران معتوه ما وبه قال داود وأبو ثور واسحق وجماعة من التابعين أعني أن طلاقه ليس يلزم وعن الشافعي القولان في ذلك واختار أكثر أصحابه قوله الموافق للجمهور واختار المزني من أصحابه أن طلاقه غير واقع وأما المريض الذي يطلق طلاقا بائنا ويموت من مرضه فان مالكا وجماعة يقول ترثه زوجته والشافعي وجماعة لا يورثها والذين قالوا بتوريثها انقسموا ثلاث فرق ففرقة قالت لها الميراث ما دامت في العدة وممن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه والثوري وقال قوم لها الميراث ما لم تتزوج وممن قال بهذا أحمد وابن أبي ليلى وقال قوم بل ترث كانت في العدة أو لم تكن تزوجت أم لم تتزوج وهو مذهب مالك والليث وسبب الخلاف اختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع وذلك أنه لما كان المريض يتهم في

أن يكون انما طلق فى مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث فمن قال بسد الذرائع أوجب ميراثها ومن لم يقل بسد الذرائع ولحظ وجوب الطلاق لم يوجب لها ميراثا وذلك ان هذه الطائفة تقول ان كان الطلاق قد وقع فيجب أن يقع بجميع أحكامه لانهم قالوا انه لا يرثها ان ماتت وان كان لم يقع فالزوجية باقية بجميع أحكامها ولا بد لخصومهم من أحد الجوابين لأنه يعسر أن يقال ان فى الشرع نوعا من الطلاق توجد له بعض أحكام الطلاق و بعض أحكام الزوجية وأعسر من ذلك القول بالفرق بين أن يصح أو لا يصح لأن هذا يكون طلاقا موقوف الحكم الى أن يصح أو لا يصح وهذا كله مما يعسر القول به فى الشرع ولكن انما أنس القائلين به انه فتوى عثمان وعمر حتى زعمت المالكية انه اجماع الصحابة ولا معنى لقولهم فان الخلاف فيه عن ابن الزبير مشهور وأما من رأى انها ترث فى العدة فلان العدة عنده من بعض أحكام الزوجية وكانه شبهها بالمطلقة الرجعية وروى هذا القول عن عمر وعن عائشة وأما من اشترط فى تور يثها ما لم تتزوج فانه لحظ فى ذلك اجماع المسلمين على أن المرأة الواحدة لا ترث زوجين ولكون التهمة هى العلة عند الذين أوجبوا الميراث واختلفوا اذا طلبت هى الطلاق أو ملكها أمرها الزوج فطلقت نفسها فقال أبو حنيفة لا ترث أصلا وفرق الاوزاعى بين التمليك والطلاق فقال ليس لها الميراث فى التمليك ولها فى الطلاق وسوى مالك فى ذلك كله حتى لقد قال ان ماتت لا يرثها وترثه هى ان مات وهذا مخالف للأصول جدا

(الباب الثالث فيمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لا يتعلق)

وأما من يقع طلاقه من النساء فانهم اتفقوا على ان الطلاق يقع على النساء اللاتى فى عصمة أزواجهن أو قبل أن تنقضى عددهن فى الطلاق الرجعى وانه لا يقع على الاجنبيات أعنى الطلاق المطلق وأما تعليق الطلاق على الاجنبيات بشرط التزويج مثل أن يقول ان نكحت فلانة فهى طالق فان للعلماء فى ذلك ثلاثة مذاهب قول ان الطلاق لا يتعلق بأجنبية أصلا عم المطلق أو خص وهو قول الشافعى وأحمد وداود وجماعة وقول انه يتعلق بشرط التزويج عمم المطلق جميع النساء أو خصص وهو قول أبى حنيفة وجماعة وقول انه ان عم جميع النساء لم يلزمه وان خصص لزمه وهو قول

مالك وأصحابه أعني مثل أن يقول كل امرأة أتزوجها من بني فلان أو من بلد كذا فهي طالق وكذلك في وقت كذا فان هؤلاء يطلقن عند مالك اذا زوجن وسبب الخلاف هل من شرط وقوع الطلاق وجود الملك متقدما بالزمان على الطلاق أم ليس ذلك من شرطه فمن قال هو من شرطه قال لا يتعلق الطلاق بالأجنبية ومن قال ليس من شرطه الا وجود الملك فقط قال يقع بالاجنبية وأما الفرق بين التعميم والتخصيص فاستحسان مبني على المصلحة وذلك انه اذا عمم فأوجبنا عليه التعميم لم يجد سبيلا الى النكاح الحلال فكان ذلك عنتا به وحرجا وكانه من باب نذر المعصية وأما اذا خصص فليس الأمر كذلك اذا ألزمناه الطلاق واحتج الشافعي بحديث عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا طلاق الا من بعد نكاح وفي رواية أخرى لا طلاق فيما لا يملك ولا عتق فيما لا يملك وثبت ذلك عن علي ومعاذ وجابر بن عبد الله وابن عباس وعائشة وروى مثل قول أبي حنيفة عن عمر وابن مسعود وضعف قوم الرواية بذلك عن عمر رضي الله عنهم

﴿الجملة الثالثة في الرجعة بعد الطلاق﴾ ولما كان الطلاق على ضربين بائن ورجعي وكانت أحكام الرجعة بعد الطلاق البائن غير أحكام الرجعة بعد الطلاق الرجعي وجب أن يكون في هذا الجنس بابان الباب الأول في أحكام الرجعة في الطلاق الرجعي الباب الثاني في أحكام الارتجاع في الطلاق البائن

(الباب الاول)

وأجمع المسلمون على أن الزوج يملك رجعة الزوجة في الطلاق الرجعي ما دامت في العدة من غير اعتبار رضاها لقوله تعالى (وبعولتهن أحق بردهن في ذلك) وان من شرط هذا الطلاق تقدم المسيس له واتفقوا على أنها تكون بالقول والاشهاد واختلفوا هل الاشهاد شرط في صحتها أم ليس بشرط وكذلك اختلفوا هل تصح الرجعة بالوطء فأما الاشهاد فذهب مالك الى أنه مستحب وذهب الشافعي الى أنه واجب وسبب الخلاف معارضة القياس للظاهر وذلك ان ظاهر قوله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم) يقتضي الوجوب وتشبيه هذا الحق بسائر الحقوق التي يقبضها الانسان يقتضي أن

لا يجب الاشهاد فكان الجمع بين القياس والآية حمل الآية على الندب وأما اختلافهم فيما تكون به الرجعة فان قوما قالوا لا تكون الرجعة الا بالقول فقط وبه قال الشافعي وقوم قالوا تكون رجعتها بالوطء وهؤلاء انقسموا قسمين فقال قوم لا تصح الرجعة بالوطء الا اذا نوى بذلك الرجعة لأن الفعل عنده يتنزل منزلة القول مع النية وهو قول مالك وأما أبو حنيفة فأجاز الرجعة بالوطء اذا نوى بذلك الرجعة ودون النية فأما الشافعي فقاس الرجعة على النكاح وقال قد أمر الله بالاشهاد ولا يكون الاشهاد الا على القول وأما سبب الاختلاف بين مالك وأبي حنيفة فان أبا حنيفة يرى ان الرجعية محللة الوطء عنده قياسا على المولى منها وعلى المظاهرة ولأن الملك لم ينفصل عنده ولذلك كان التوارث بينهما وعند مالك ان وطء الرجعية حرام حتى يرتجعها فلا بد عنده من النية فهذا هو اختلافهم في شروط صحة الرجعة واختلفوا في مقدار ما يجوز للزوج ان يطلع عليه من المطلقة الرجعية ما دامت في العدة فقال مالك لا يخلو معها ولا يدخل عليها الا باذنها ولا ينظر الى شعرها ولا بأس ان يأكل معها اذا كان معهما غيرهما وحكى ابن القاسم انه رجع عن اباحة الأكل معها وقال أبو حنيفة لا بأس ان تتزين الرجعية لزوجها وتتطيب له وتتشوف وتبدي البنان والكحل وبه قال الثوري وأبو يوسف والاوزاعي وكلهم قالوا لا يدخل عليها الا ان تعلم بدخوله بقول أو حركة من تنحنح أو خفق نعل واختلفوا من هذا الباب في الرجل يطلق زوجته طلقة رجعية وهو غائب ثم يراجعها فيبلغها الطلاق ولا تبلغها الرجعة فتتزوج اذا انقضت عدتها فذهب مالك الى انها للذي عقد عليها النكاح دخل بها أو لم يدخل هذا قوله في الموطأ وبه قال الاوزاعي والليث وروى عنه ابن القاسم انه رجع عن القول الأول وانه قال الأول أولى بها الا أن يدخل الثاني وبالقول الأول قال المدنيون من أصحابه قالوا ولم يرجع عنه لأنه أثبته في موطئه الى يوم مات وهو يقرأ عليه وهو قول عمر بن الخطاب ورواه عنه مالك في الموطأ وأما الشافعي والكوفيون وأبو حنيفة وغيرهم فقالوا زوجها الاول للذي ارتجعها أحق بها دخل بها الثاني أو لم يدخل وبه قال داود وأبو ثور وهو مروي عن علي وهو الابين وقد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال في هذه المسئلة ان الزوج الذي ارتجعها مخير بين ان تكون امرأته أو ان يرجع

عليها بما كان أصدقها وحجة مالك فى الرواية الاولى مارواه ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب انه قال مضت السنة فى الذى يطلق امرأته ثم يراجعها فيكتمها رجعتها حتى تحل فتنكح زوجا غيره انه ليس له من أمرها شئ ولكنها لمن تزوجها وقد قيل ان هذا الحديث انما يروى عن ابن شهاب فقط وحجة الفريق الاول ان العلماء قد أجمعوا على ان الرجعة صحيحة وان لم تعلم بها المرأة بدليل انهم قد أجمعوا على ان الاول أحق بها قبل ان تتزوج واذا كانت الرجعة صحيحة كان زواج الثانى فاسدا فان نكاح الغير لا تأثير له فى ابطال الرجعة لا قبل الدخول ولا بعد الدخول وهو الاظهر ان شاء الله ويشهد لهذا ما خرجه الترمذى عن سمرة بن جندب ان النبى صلى الله عليه وسلم قال أيما امرأة تزوجها اثنان فهى للاول منهما ومن باع بيعا من رجلين فهو للاول منهما

(الباب الثانى)

والطلاق بائن أما بما دون الثلاث فذلك يقع فى غير المدخول بها بلا خلاف وفى المختلعة باختلاف وهل يقع أيضا دون عوض فيه خلاف وحكم الرجعة بعد هذا الطلاق حكم ابتداء النكاح أعنى فى اشتراط الصداق والولى والرضا الا أنه لا يعتبر فيه انقضاء العدة عند الجمهور وشذ قوم فقالوا المختلعة لا يتزوجها زوجها فى العدة ولا غيره وهؤلاء كأنهم رأو منع النكاح فى العدة عبادة وأما البائنة بالثلاث فان العلماء كلهم على أن المطلقة ثلاثا لا تحل لزوجها الاول الا بعد الوطء لحديث رفاعة بن سموال انه طلق امرأته تميمة بنت وهب فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فنكحت عبد الرحمن بن الزبير فاعترض عنها فلم يستطع أن يمسها ففارقها فأراد رفاعة زوجها الاول ان ينكحها فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنهاه عن تزويجها وقال لا تحل لك حتى تذوق العسيلة وشذ سعيد بن المسيب فقال انه جائز ان ترجع الى زوجها الاول بنفس العقد لعموم قوله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) والنكاح ينطلق على العقد وكلهم قال التقاء الختانين يحلها الا الحسن البصرى فقال لا تحل الا بوطء بانزال وجمهور العلماء على ان الوطء الذى يوجب الحد ويفسد الصوم والحج ويحل المطلقة

ويحصن الزوجين ويوجب الصداق هو التقاء الختانين وقال مالك وابن القاسم لا يحل المطلقة الا الوطء المباح الذي يكون في العقد الصحيح في غير صوم أو حج أو حيض أو اعتكاف ولا يحل الذمية عندهما ووطء زوج ذمي لمسلم ولا وطء من لم يكن بالغا وخالفهما في ذلك كله الشافعي وأبو حنيفة والثوري والاوزاعي فقالوا يحل الوطء وان وقع في عقد فاسد ووقت غير مباح وكذلك وطء المراهق عندهم يحل ويحل وطء الذمي الذمية للمسلم وكذلك المجنون عندهم والخصي الذي يبقى له ما يغيبه في الفرج والخلاف في هذا كله آيل الى هل يتناول اسم النكاح أصناف الوطء الناقص أم لا يتناوله واختلفوا من هذا الباب في نكاح المحلل أعني اذا تزوجها على شرط أن يحلها لزوجها الاول فقال مالك النكاح فاسد يفسخ قبل الدخول وبعده والشرط فاسد لا تحل به ولا يعتبر في ذلك عنده ارادة المرأة التحليل وانما يعتبر عنده ارادة الرجل وقال الشافعي وأبو حنيفة النكاح جائز ولا تؤثر النية في ذلك وبه قال داود وجماعة وقالوا هو محلل للزوج المطلق ثلاثا وقال بعضهم النكاح جائز والشرط باطل أي ليس يحلها وهو قول ابن أبي ليلى وروي عن الثوري واستدل مالك وأصحابه بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث علي بن أبي طالب وابن مسعود وأبي هريرة وعقبة بن عامر أنه قال صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له فلعنه اياه كلعنه آكل الربا وشارب الخمر وذلك يدل على النهي والنهي يدل على فساد المنهي عنه واسم النكاح الشرعي لا ينطلق على النكاح المنهي عنه وأما الفريق الآخر فتعلق بعموم قوله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) وهذا ناكح وقالوا وليس في تحريم قصد التحليل ما يدل على أن عدمه شرط في صحة النكاح كما أنه ليس النهي عن الصلاة في الدار المغصوبة مما يدل على أن من شرط صحة الصلاة صحة ملك البقعة أو الاذن من مالكها في ذلك قالوا واذا لم يدل النهي على فساد عقد النكاح فأحرى أن لا يدل على بطلان التحليل وانما لم يعتبر مالك قصد المرأة لأنه اذا لم يوافقها على قصدها لم يكن لقصدها معنى مع ان الطلاق ليس بيدها واختلفوا في هل يهدم الزوج ما دون الثلاث فقال أبو حنيفة يهدم وقال مالك والشافعي لا يهدم أعني اذا تزوجت قبل الطلقة الثالثة غير الزوج الاول ثم راجعها هل يعتد بالطلاق الاول أم لا فمن رأى ان هذا شيء

يخص الثالثة بالشرع قال لا يهدم مادون الثالثة عنده ومن رأى انه اذا هدم الثالثة فهو أحرى أن يهدم مادونها قال يهدم مادون الثلاث والله أعلم

﴿الجملة الرابعة﴾ وهذه الجملة فيها بابان الأول فى العدة الثانى فى المتعة

(الباب الاول)

والنظر فى هذا الباب فى فصلين الفصل الأول فى عدة الزوجات الفصل الثانى فى عدة ملك اليمين

﴿ الفصل الأوّل ﴾

والنظر فى عدة الزوجات ينقسم الى نوعين أحدهما فى معرفة العدة والثانى فى معرفة أحكام العدة

﴿النوع الأول﴾ وكل زوجة فهى اما حرة واما أمة وكل واحدة من هاتين اذا طلقت فلا يخلو أن تكون مدخولا بها أو غير مدخول بها فاما غير المدخول بها فلا عدة عليها باجماع لقوله تعالى (فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) وأما المدخول بها فلا يخلو أن تكون من ذوات الحيض أو من غير ذوات الحيض وغير ذوات الحيض اما صغار واما يائسات وذوات الحيض اما حوامل واما جاريات على عادتهن فى الحيض واما مرتفعات الحيض واما مستحاضات والمرتفعات الحيض فى سن الحيض اما مرتابات بالحمل أى بحس فى البطن واما غير مرتابات وغير المرتابات اما معروفات سبب انقطاع الحيض من رضاع أو مرض واما غير معروفات فأما ذوات الحيض الاحرار الجاريات فى حيضهن على المعتاد فعدتهن ثلاثة قروء والحوامل منهن عدتهن وضع حملهن واليائسات منهن عدتهن ثلاثة أشهر ولا خلاف فى هذا لأنه منصوص عليه فى قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) الآية وفى قوله تعالى (واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم) الآية واختلفوا من هذه الآية فى الاقراء ماهى فقال قوم هى الاطهار أعنى الازمنة التى بين الدمين وقال قوم هى الدم نفسه وممن قال ان الاقراء هى الاطهار أما من فقهاء الامصار فمالك والشافعى وجمهور أهل المدينة وأبو ثور وجماعة وأما من الصحابة فابن عمر وزيد بن ثابت

وعائشة وممن قال ان الاقراء هي الحيض أما من فقهاء الامصار فأبو حنيفة والثوري والأوزاعي وابن أبي ليلى وجماعة وأما من الصحابة فعلي وعمر بن الخطاب وابن مسعود وأبو موسى الاشعري وحكى الاثرم عن أحمد انه قال الأكابر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون الاقراء هي الحيض وحكى أيضا عن الشعبي انه قول أحد عشر أو اثني عشر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأما أحمد بن حنبل فاختلفت الرواية عنه فروى عنه انه كان يقول انها الاطهار على قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة ثم توقفت الآن من أجل قول علي وابن مسعود هو انها الحيض والفرق بين المذهبين هو ان من رأى انها الاطهار رأى انها اذا دخلت الرجعية عنده في الحيضة الثالثة لم يكن للزوج عليها رجعة وحلت للازواج ومن رأى انها الحيض لم تحل عنده حتى تنقضي الحيضة الثالثة وسبب الخلاف اشتراك اسم القرء فانه يقال في كلام العرب على حد سواء على الدم وعلى الاطهار وقد رام كلا الفريقين ان يدل على ان اسم القرء في الآية ظاهر في المعنى الذي يراه فالذين قالوا انها الاطهار قالوا ان هذا الجمع خاص بالقرء الذي هو الطهر وذلك ان القرء الذي هو الحيض يجمع على اقراء لا على قروء وحكوا ذلك عن ابن الانباري وأيضا فانهم قالوا ان الحيضة مؤنثة والطهر مذكر فلو كان القرء الذي يراد به الحيض لما ثبت في جمعه الهاء لأن الهاء لا تثبت في جمع المؤنث فيما دون العشرة وقالوا أيضا ان الاشتقاق يدل على ذلك لأن القرء مشتق من قرأت الماء في الحوض أي جمعته فزمان اجتماع الدم هو زمان الطهر فهذا هو أقوى ما تمسك به الفريق الأول من ظاهر الآية وأما ما تمسك به الفريق الثاني من ظاهر الآية فانهم قالوا ان قوله تعالى (ثلاثة قروء) ظاهر في تمام كل قرء منها لأنه ليس ينطلق اسم القرء على بعضه الا تجوزا واذا وصفت الاقراء بانها هي الاطهار أمكن أن تكون العدة عندهم بقرأين وبعض قرء لأنها عندهم تعتد بالطهر الذي تطلق فيه وان مضى أكثره واذا كان ذلك كذلك فلا ينطلق عليها اسم الثلاثة الا تجوزا واسم الثلاثة ظاهر في كمال كل قرء منها وذلك لا يتفق الا بان تكون الاقراء هي الحيض لأن الاجماع منعقد على انها ان طلقت في حيضة انها لا تعتد بها ولكل واحد من الفريقين احتجاجات متساوية من جهة لفظ القرء والذي رضيه الحذاق ان الآية

مجملة فى ذلك وان الدليل ينبغى أن يطلب من جهة أخرى فن أقوى ماتمسك به من رأى ان الاقراء هى الاطهار حديث ابن عمر المتقدم وقوله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها حتى تحيض ثم تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم يطلقها ان شاء قبل أن يمسها فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء قالوا واجماعهم على أن طلاق السنة لا يكون الا فى طهر لم تمس فيه وقوله عليه الصلاة والسلام فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء دليل واضح على ان العدة هى الاطهار لكى يكون الطلاق متصلا بالعدة و يمكن أن يتأول قوله فتلك العدة أى فتلك مدة استقبال العدة لئلا يتبعض القرء بالطلاق فى الحيض وأقوى ماتمسك به الفريق الثانى ان العدة انما شرعت لبراءة الرحم و براءتها انما تكون بالحيض لا بالاطهار ولذلك كان عدة من ارتفع الحيض عنها بالأيام فالحيض هو سبب العدة بالاقراء فوجب ان تكون الاقراء هى الحيض واحتج من قال الاقراء هى الاطهار بان قال المعتبر فى براءة الرحم هو النقلة من الطهر الى الحيض لا انقضاء الحيض فلا معنى لاعتبار الحيضة الأخيرة واذا كان ذلك فالثلاث المعتبر فيهن التمام أعنى المشترط هى الاطهار التى بين الحيضتين ولكلا الفريقين احتجاجات طويلة ومذهب الحنفية أظهر من جهة المعنى وحجتهم من جهة المسموع متساوية أو قريب من متساوية ولم يختلف القائلون ان العدة هى الاطهار انها تنقضى بدخولها فى الحيضة الثالثة واختلف الذين قالوا انها الحيض فقيل تنقضى بانقطاع الدم من الحيضة الثالثة و به قال الأوزاعى وقيل حين تغتسل من الحيضة الثالثة و به قال من الصحابة عمر بن الخطاب وعلى وابن مسعود ومن الفقهاء الثورى واسحق بن عبيد وقيل حتى يمضى وقت الصلاة التى طهرت فى وقتها وقيل ان للزوج عليها الرجعة وان فرطت فى الغسل عشرين سنة حكى هذا عن شريك وقد قيل تنقضى بدخولها فى الحيضة الثالثة وهو أيضا شاذ فهذه هى حال الحائض التى تحيض وأما التى تطلق فلا تحيض وهى فى سن الحيض وليس هناك ريبة حمل ولا سبب من رضاع ولا مرض فانها تنتظر عند مالك تسعة أشهر فان لم تحض فيهن اعتدت بثلاثة أشهر فان حاضت قبل ان تستكمل الثلاثة الاشهر اعتبرت الحيض واستقبلت انتظاره فان مر بها تسعة أشهر قبل ان تحيض الثانية اعتدت ثلاثة أشهر

فان حاضت قبل أن تستكمل الثلاثة الأشهر من العام الثانى انتظرت الحيضة الثالثة فان مر بها تسعة أشهر قبل ان تحيض اعتدت ثلاثة أشهر فان حاضت الثالثة فى الثلاثة الاشهر كانت قد استكملت عدة الحيض وتمت عدتها ولزوجها عليها الرجعة مالم تحل واختلف عن مالك من متى تعتد بالتسعة أشهر فقيل من يوم طلقت وهو قوله فى الموطأ وروى ابن القاسم عنه من يوم رفعتها حيضتها وقال أبو حنيفة والشافعى والجمهور فى التى ترتفع حيضتها وهى لا تيأس منها فى المستأنف انها تبقى أبدا تنتظر حتى تدخل فى السن الذى تيأس فيه من المحيض وحينئذ تعتد بالأشهر وتحيض قبل ذلك وقول مالك مروى عن عمر بن الخطاب وابن عباس وقول الجمهور قول ابن مسعود وزيد وعمدة مالك من طريق المعنى هو ان المقصود بالعدة انما هو ما يقع به براءة الرحم ظنا غالبا بدليل انه قد تحيض الحامل واذا كان ذلك كذلك فمدة الحمل كافية فى العلم ببراءة الرحم بل هى قاطعة على ذلك ثم تعتد بثلاثة أشهر عدة اليائسة فان حاضت قبل تمام السنة حكم لها بحكم ذوات الحيض واحتسبت بذلك القرء ثم تنتظر القرء الثانى أو السنة الى ان تمضى لها ثلاثة اقراء وأما الجمهور فصاروا الى ظاهر قوله تعالى (واللائى يئسن المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر) والتى هى من أهل الحيض ليست بيائسة وهذا الرأى فيه عسر وحرج ولو قيل انها تعتد بثلاثة أشهر لكان جيدا اذا فهم من اليائسة التى لا يقطع بانقطاع حيضتها وكان قوله ان ارتبتم راجعا الى الحكم لا الى الحيض على ما تأوله مالك عليه فكان مالكا لم يطابق مذهبه تأويله الآية فانه فهم من اليائسة هنا من تقطع على أنها ليست من أهل الحيض وهذا لا يكون الا من قبل السن ولذلك جعل قوله ان ارتبتم راجعا الى الحكم لا الى الحيض أى ان شككتم فى حكمهن ثم قال فى التى تبقى تسعة أشهر لا تحيض وهى فى سن من تحيض انها تعتد بالأشهر وأما اسمعيل وابن بكير من أصحابه فذهبوا الى ان الريبة ههنا فى الحيض وان اليائس فى كلام العرب هو مالم يحكم عليه بما يئس منه بالقطع فطابقوا بتأويل الآية مذهبهم الذى هو مذهب مالك ونعم ما فعلوا لأنه ان فهم ههنا من اليائس القطع فقد يجب أن تنتظر الدم وتعتد به حتى تكون فى هذا السن أعنى سن اليائس وان فهم من اليائس ما لا يقطع بذلك فقد يجب ان تعتد التى انقطع دمها

عن العادة وهي في سن من تحيض بالأشهر وهو قياس قول أهل الظاهر لأن اليائسة في الطرفين ليس هي عندهم من أهل العدة لا بالاقراء ولا بالشهور وأما الفرق في ذلك بين ما قبل التسعة وما بعدها فاستحسان وأما التي ارتفعت حيضتها لسبب معلوم مثل رضاع أو مرض فان المشهور عند مالك انها تنتظر الحيض قصر الزمان أم طال وقد قيل ان المريضة مثل التي ترتفع حيضتها لغير سبب وأما المستحاضة فعدتها عند مالك سنة اذا لم تميز بين الدمين فان ميزت بين الدمين فعنه روايتان احداهما ان عدتها السنة والاخرى انها تعمل على التمييز فتعتد بالاقراء وقال أبو حنيفة عدتها الاقراء ان تميزت لها وان لم تميزها فثلاثة أشهر وقال الشافعي عدتها بالتمييز اذا انفصل عنها الدم فيكون الاحمر القانى من الحيضة ويكون الاصفر من أيام الطهر فان طبق عليها الدم اعتدت بعدد أيام حيضتها في صحتها وانما ذهب مالك الى بقاء السنة لأنه جعلها مثل التي لا تحيض وهي من أهل الحيض والشافعي انما ذهب في العارفة أيامها انها تعمل على معرفتها قياسا على الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم للمستحاضة اتركي الصلاة أيام اقرائك فاذا ذهب عنك قدرها فاغسلي الدم وانما اعتبر التمييز من اعتبره لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت حبيش اذا كان دم الحيض فانه دم أسود يعرف فاذا كان ذلك فامسكي عن الصلاة فاذا كان الآخر فتوضئي وصلي فانما هو عرق خرجه أبو داود وانما ذهب من ذهب الى عدتها بالشهور اذا اختلط عليها الدم لانه معلوم في الاغلب انها في كل شهر تحيض وقد جعل الله العدة بالشهور عند ارتفاع الحيض وخفاؤه كارتفاعه وأما المسترابة أعني التي تجد حسا في بطنها تظن به أنه حمل فانها تمكث أكثر مدة الحمل وقد اختلف فيه فقيل في المذهب أربع سنين وقيل خمس سنين وقال أهل الظاهر تسعة أشهر ولا خلاف ان انقضاء عدة الحوامل لوضع حملهن أعني المطلقات لقوله تعالى (وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وأما الزوجات غير الحرائر فانهن ينقسمن أيضا بتلك الأقسام بعينها أعني حيضا ويائسات ومستحاضات ومرتفعات الحيض من غير يائسات فأما الحيض اللاتي يأتيهن حيضهن فالجمهور على أن عدتهن حيضتان وذهب داود وأهل الظاهر الى أن عدتهن ثلاث حيض كالحرة وبه قال ابن سيرين

فأهل الظاهر اعتمدوا عموم قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وهى ممن ينطلق عليها اسم المطلقة واعتمد الجمهور تخصيص هذا العموم بقياس الشبه وذلك انهم شبهوا الحيض بالطلاق والحد أعنى كونه متنصفا مع الرق وانما جعلوها حيضتين لأن الحيضة الواحدة وأما الأمة المطلقة اليائسة من المحيض أو الصغيرة فان مالكا وأكثر أهل المدينة قالوا عدتها ثلاثة أشهر وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وأبو ثور وجماعة عدتها شهر ونصف شهر نصف عدة الحرة وهو القياس اذا قلنا بتخصيص العموم فكأن مالكا اضطرب قوله فمرة أخذ بالعموم وذلك فى اليائسات ومرة أخذ بالقياس وذلك فى ذوات الحيض والقياس فى ذلك واحد وأما التى ترتفع حيضتها من غير سبب فالقول فيها هو القول فى الحرة والخلاف فى ذلك وكذلك المستحاضة واتفقوا على أن المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها واختلفوا فيمن راجع امرأته فى العدة من الطلاق الرجعى ثم فارقها قبل أن يمسها هل تستأنف عدة أم لا فقال جمهور فقهاء الأمصار تستأنف وقالت فرقة تبقى فى عدتها من طلاقها الأول وهو أحد قولى الشافعى وقال داود ليس عليها أن تتم عدتها ولا عدة مستأنفة وبالجملة فعند مالك ان كل رجعة تهدم العدة وان لم يكن مسيس ما خلا رجعة المولى وقال الشافعى اذا طلقها بعد الرجعة وقبل الوطء ثبتت على عدتها الاولى وقول الشافعى أظهر وكذلك عند مالك رجعة المعسر بالنفقة تقف صحتها عنده على الانفاق فان أنفق صحت الرجعة وهدمت العدة ان كان طلاقا وان لم ينفق بقيت على عدتها الاولى واذا تزوجت ثانيا فى العدة فعن مالك فى ذلك روايتان احداهما تداخل العدتين والأخرى نفيه فوجه الاولى اعتبار براءة الرحم لأن ذلك حاصل مع التداخل ووجه الثانية كون العدة عبادة فوجب أن تتعدد بتعدد الوطء الذى له حرمة واذا اعتقت الأمة فى عدة الطلاق مضت على عدة الامة عند مالك ولم تنتقل الى عدة الحرة وقال أبو حنيفة تنتقل فى الطلاق الرجعى دون البائن وقال الشافعى تنتقل فى الوجهين معا وسبب الخلاف هل العدة من أحكام الزوجية أم من أحكام انفصالها فمن قال من أحكام الزوجية قال لا تنتقل عدتها ومن قال من أحكام انفصال الزوجية قال تنتقل كالو أعتقت وهى زوجة ثم طلقت وأما من فرق بين البائن

والرجعى فبين وذلك ان الرجعى فيه شبه من أحكام العصمة ولذلك وقع فيه الميراث باتفاق اذا مات وهى فى عدة من طلاق رجعى وأنها تنتقل الى عدة الموت فهذا هو القسم الأوّل من قسمى النظر فى العدة

﴿القسم الثانى﴾ وأما النظر فى أحكام العدد فانهم اتفقوا على أن للمعتدة الرجعية النفقة والسكنى وكذلك الحامل لقوله تعالى فى الرجعيات (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) الآية ولقوله تعالى (وان كنّ أولات حمل فأنفقوا عليهنّ حتى يضعن حملهنّ) واختلفوا فى سكنى المبتوتة ونفقتها اذا لم تكن حاملا على ثلاثة أقوال أحدها أن لها السكنى والنفقة وهو قول الكوفيين والقول الثانى أنه لا سكنى لها ولا نفقة وهو قول أحمد وداود وأبى ثور واسحق وجماعة والثالث أن لها السكنى ولا نفقة لها وهو قول مالك والشافعى وجماعة وسبب اختلافهم اختلاف الرواية فى حديث فاطمة بنت قيس ومعارضة ظاهر الكتاب له فاستدل من لم يوجب لها نفقة ولا سكنى بما روى فى حديث فاطمة بنت قيس أنها قالت طلقنى زوجى ثلاثا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فلم يجعل لى سكنى ولا نفقة خرجه مسلم وفى بعض الروايات أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انما السكنى والنفقة لمن لزوجها عليها الرجعة وهذا القول مروى عن علىّ وابن عباس وجابر ابن عبد الله وأما الذين أوجبوا لها السكنى دون النفقة فانهم احتجوا بما رواه مالك فى موطئه من حديث فاطمة المذكورة وفيه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس لك عليه نفقة وأمرها أن تعتد فى بيت ابن أم مكتوم ولم يذكر فيها اسقاط السكنى فبقى على عمومه فى قوله تعالى (أسكنوهنّ من حيث سكنتم من وجدكم) وعللوا أمره عليه الصلاة والسلام لها بان تعتد فى بيت ابن أم مكتوم بانه كان فى لسانها بذاء وأما الذين أوجبوا لها السكنى والنفقة فصاروا الى وجوب السكنى لها بعموم قوله (أسكنوهنّ من حيث سكنتم من وجدكم) وصاروا الى وجوب النفقة لها لكون النفقة تابعة لوجوب الاسكان فى الرجعية وفى الحامل وفى نفس الزوجية وبالجملة فحيثما وجبت السكنى فى الشرع وجبت النفقة وروى عن عمر أنه قال فى حديث فاطمة هذا لا ندع كتاب نبينا وسنته لقول امرأة يريد قوله تعالى (أسكنوهنّ من

حيث سكنتم من وجدكم) الآية ولان المعروف من سنته عليه الصلاة والسلام انه أوجب النفقة حيث تجب السكنى فلذلك الاولى في هذه المسئلة اما أن يقال ان لها الامرين جميعا مصيرا الى ظاهر الكتاب والمعروف من السنة واما أن يخصص هذا العموم بحديث فاطمة المذكور وأما التفريق بين ايجاب النفقة والسكنى فعسير ووجه عسره ضعف دليله وينبغي أن تعلم ان المسلمين اتفقوا على أن العدة تكون في ثلاثة أشياء في طلاق أو موت أو اختيار الامة نفسها اذا أعتقت واختلفوا فيها في الفسوخ والجمهور على وجوبها ولما كان الكلام في العدة يتعلق فيه أحكام عدة الموت رأينا أن نذكرها ههنا فنقول ان المسلمين اتفقوا على أن عدة الحرة من زوجها الحر أربعة أشهر وعشر لقوله تعالى (يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) واختلفوا في عدة الحامل وفي عدة الامة اذا لم تأتها حيضتها في الاربعة الاشهر وعشر ماذا حكمها فذهب مالك الى أن من شرط تمام هذه العدة أن تحيض حيضة واحدة في هذه المدة فان لم تحض فهي عنده مسترابة فتمكث مدة الحمل وقيل عنه انها قد لا تحيض وقد لا تكون مسترابة وذلك اذا كانت عادتها في الحيض أكثر من مدة العدة وهذا ما غير موجود أعني من تكون عادتها أن تحيض أكثر من أربعة أشهر الى أكثر من أربعة أشهر واما نادر واختلف عنه فيمن هذه حالها من النساء اذا وجدت فقيل تنتظر حتى تحيض وروى عنه ابن القاسم تتزوج اذا انقضت عدة الوفاة ولم يظهر بها حمل وعلى هذا جمهور فقهاء الامصار أبي حنيفة والشافعي والثوري

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ وهي الحامل التي يتوفى عنها زوجها فقال الجمهور وجميع فقهاء الامصار عدتها أن تضع حملها مصيرا الى عموم قوله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وان كانت الآية في الطلاق وأخذا أيضا بحديث أم سلمة ان سبيعة الاسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر وفيه فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها قد حللت فانكحي من شئت وروى مالك عن ابن عباس ان عدتها آخر الاجلين يريد أنها تعتد بأبعد الاجلين اما الحمل واما انقضاء العدة عدة الموت وروى مثل ذلك عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه والحجة لهم ان ذلك هو الذي يقتضيه الجمع بين عموم آية الحوامل وآية الوفاة * وأما الأمة المتوفى عنها من تحل له فانها لا تخلو أن

تكون زوجة أو ملك يمين أو أم ولد أو غير أم ولد فأما الزوجة فقال الجمهور ان عدتها نصف عدة الحرة قاسوا ذلك على العدة وقال أهل الظاهر بل عدتها عدة الحرة وكذلك عندهم عدة الطلاق مصيرا الى التعميم وأما أم الولد فقال مالك والشافعي وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة عدتها حيضة وبه قال ابن عمر وقال مالك وان كانت ممن لا تحيض اعتدت ثلاثة أشهر ولها السكنى وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري عدتها ثلاث حيض وهو قول علي وابن مسعود وقال قوم عدتها نصف عدة الحرة المتوفى عنها زوجها وقال قوم عدتها عدة الحرة أربعة أشهر وعشر وحجة مالك انها ليست زوجة فتعتد عدة الوفاة ولا مطلقة فتعتد ثلاث حيض فلم يبق الا استبراء رحمها وذلك يكون بحيضة تشبيها بالامة يموت عنها سيدها وذلك مالا خلاف فيه وحجة أبي حنيفة ان العدة انما وجبت عليها وهي حرة وليست بزوجة فتعتد عدة الوفاة ولا بأمة فتعتد عدة أمة فوجب أن تستبرئ رحمها بعدة الاحرار وأما الذين أوجبوا لها عدة الوفاة فاحتجوا بحديث روي عن عمرو بن العاص قال لا تلبسوا علينا سنة نبينا عدة أم الولد اذا توفي عنها سيدها أربعة أشهر وعشر وضعف أحمد هذا الحديث ولم يأخذ به وأما من أوجب عليها نصف عدة الحرة فتشبيها بالزوجة الامة فسبب الخلاف انها مسكوت عنها وهي مترددة الشبه بين الامة والحرة وأما من شبهها بالزوجة الامة فضعيف وأضعف منه من شبهها بعدة الحرة المطلقة وهو مذهب أبي حنيفة

الباب الثاني في المتعة

والجمهور على أن المتعة ليست واجبة في كل مطلقة وقال قوم من أهل الظاهر هي واجبة في كل مطلقة وقال قوم هي مندوب اليها وليست واجبة وبه قال مالك والذين قالوا بوجوبها في بعض المطلقات اختلفوا في ذلك فقال أبو حنيفة هي واجبة على من طلق قبل الدخول ولم يفرض لها صداقا مسمى وقال الشافعي هي واجبة لكل مطلقة اذا كان الفراق من قبله الا التي سمى لها وطلقت قبل الدخول وعلى هذا جمهور العلماء واحتج أبو حنيفة بقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا) فاشترط المتعة مع عدم المسيس وقال تعالى (وان طلقتموهن

من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) فعلم أنه لا متعة لها مع التسمية والطلاق قبل المسيس لأنه اذا لم يجب لها الصداق فأحرى أن لا تجب لها المتعة وهذا لعمرى مخيل لأنه حيث لم يجب لها صداق أقيمت المتعة مقامه وحيث ردت من يدها نصف الصداق لم يجب لها الشئ وأما الشافعى فيحمل الأوامر الواردة بالمتعة فى قوله تعالى (ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) على العموم فى كل مطلقة الا التى سمى لها وطلقت قبل الدخول وأما أهل الظاهر فحملوا الأمر على العموم والجمهور على أن المختلعة لا متعة لها لكونها معطية من يدها كالحال فى التى طلقت قبل الدخول وبعد فرض الصداق وأهل الظاهر يقولون هو شرع فتأخذ وتعطى وأما مالك فانه حمل الأمر بالمتعة على الندب لقوله تعالى فى آخر الآية (حقا على المحسنين) أى على المتفضلين المتجملين وما كان من باب الاجمال والاحسان فليس بواجب واختلفوا فى المطلقة المعتدة هل عليها احداد فقال مالك ليس عليها احداد

باب فى بعث الحكمين

اتفق العلماء على جواز بعث الحكمين اذا وقع التشاجر بين الزوجين وجهلت أحوالهما فى التشاجر أعنى المحق من المبطل لقوله تعالى (وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) الآية وأجمعوا على أن الحكمين لا يكونان الا من أهل الزوجين أحدهما من قبل الزوج والآخر من قبل المرأة الا أن لا يوجد فى أهلهما من يصلح لذلك فيرسل من غيرهما وأجمعوا على أن الحكمين اذا اختلفا لم ينفذ قولهما وأجمعوا على أن قولهما فى الجمع بينهما نافذ بغير توكيل من الزوجين واختلفوا فى تفريق الحكمين بينهما اذا اتفقا على ذلك هل يحتاج الى اذن من الزوج أولا يحتاج الى ذلك فقال مالك وأصحابه يجوز قولهما فى الفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين ولا اذن منهما فى ذلك وقال الشافعى وأبو حنيفة وأصحابهما ليس لهما أن يفرقا الا أن يجعل الزوج اليهما التفريق وحجة مالك ما رواه من ذلك عن على بن أبى طالب أنه قال فى الحكمين اليهما التفرقة بين الزوجين والجمع وحجة الشافعى وأبى حنيفة ان الأصل ان الطلاق ليس بيد أحد سوى الزوج أو من يوكله الزوج

واختلف أصحاب مالك فى الحكمين يطلقان ثلاثا فقال ابن القاسم تكون واحدة وقال أشهب والمغيرة تكون ثلاثا ان طلقاها ثلاثا والأصل ان الطلاق بيد الرجل الا أن يقوم دليل على غير ذلك وقد احتج الشافعي وأبو حنيفة بما روى فى حديث على هذا أنه قال للحكمين هل تدريان ما عليكما ان رأيتما أن تجمعا جمعتما وان رأيتما أن تفرقا فرقتما فقالت المرأة رضيت بكتاب الله وبما فيه لى وعلى فقال الرجل اما الفرقة فلا فقال على لا والله لا تنقلب حتى تقر بمثل ما أقرت به المرأة قال فاعتبر فى ذلك اذنه ومالك يشبه الحكمين بالسلطان والسلطان يطلق بالضرر عند مالك اذا تبين

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

كتاب الايلاء

والأصل فى هذا الباب قوله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) والايلاء هو أن يحلف الرجل أن لا يطأ زوجته امامدة هى أكثر من أربعة أشهر أو أربعة أشهر أو باطلاق على الاختلاف المذكور فى ذلك فيما بعد واختلف فقهاء الأمصار فى الايلاء فى مواضع فمنها هل تطلق المرأة بانقضاء الأربعة الأشهر المضروبة بالنص للمولى أم انما تطلق بان يوقف بعد الاربعة الاشهر فاما فاء واما طلق ومنها هل الايلاء يكون بكل يمين أم بالايمان المباحة فى الشرع فقط ومنها ان أمسك عن الوطء بغير يمين هل يكون موليا أم لا ومنها هل المولى هو الذى قيد يمينه بمدة من أربعة أشهر فقط أو أكثر من ذلك أو المولى هو الذى لم يقيد يمينه بمدة أصلا ومنها هل طلاق الايلاء بائن أو رجعى ومنها ان أبى الطلاق والفىء هل يطلق القاضى عليه أم لا ومنها هل يتكرر الايلاء اذا طلقها ثم راجعها من غير ايلاء حادث فى الزواج الثانى ومنها هل من شرط رجعة المولى أن يطأها فى العدة أم لا ومنها هل ايلاء لعبد حكمه أن يكون مثل ايلاء الحر أم لا ومنها هل اذا طلقها بعد انقضاء مدة الايلاء تلزمها عدة أم لا فهذه هى مسائل الخلاف المشهورة فى الايلاء بين فقهاء الامصار التى تتنزل من هذا الباب منزلة الاصول ونحن نذكر خلافهم فى مسئلة مسئلة منها وعيون أدلتهم وأسباب خلافهم على ما قصدنا

﴿المسئلة الاولى﴾ اما اختلافهم هل تطلق بانقضاء الاربعة الاشهر نفسها أم لا تطلق

وانما الحكم أن يوقف فاما فاءوا واما طلق فان مالكا والشافعى وأحمد وأبا ثور وداود والليث ذهبوا الى أنه يوقف بعد انقضاء الاربعة الاشهر فاما فاء واما طلق وهو قول على وابن عمر وان كان قد روى عنهما غير ذلك لكن الصحيح هو هذا وذهب أبو حنيفة وأصحابه والثورى وبالجملة الكوفيون الى أن الطلاق يقع بانقضاء الاربعة الاشهر الا ان يفىء فيها وهو قول ابن مسعود وجماعة من التابعين وسبب الخلاف هل قوله تعالى (فان فاؤا فان الله غفور رحيم) أى فان فاؤا قبل انقضاء الاربعة الاشهر أو بعدها فمن فهم منه قبل انقضائها قال يقع الطلاق ومعنى العزم عنده فى قوله تعالى (وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) ان لا يفىء حتى تنقضى المدة فمن فهم من اشتراط الفيئة اشتراطها بعد انقضاء المدة قال معنى قوله (وان عزموا الطلاق) أى باللفظ (فان الله سميع عليم) وللمالكية فى الآية أربعة أدلة أحدها انه جعل مدة التربص حقا للزوج دون الزوجة فاشبهت مدة الأجل فى الديون المؤجلة الدليل الثانى ان الله تعالى أضاف الطلاق الى فعله وعندهم ليس يقع من فعله الا تجوزا أعنى ليس ينسب اليه على مذهب الحنفية الا تجوزا وليس يصار الى المجاز عن الظاهر الا بدليل الدليل الثالث قوله تعالى (وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) قالوا فهذا يقتضى وقوع الطلاق على وجه يسمع وهو وقوعه باللفظ لا بانقضاء المدة الرابع ان الفاء فى قوله تعالى (فان فاؤا فان الله غفور رحيم) ظاهرة فى معنى التعقيب فدل ذلك على أن الفيئة بعد المدة ور بما شبهوا هذه المدة بمدة العنة وأما أبو حنيفة فانه اعتمد فى ذلك تشبيه هذه المدة بالعدة الرجعية اذ كانت العدة انما شرعت لئلا يقع منه ندم وبالجملة فشبهوا الايلاء بالطلاق الرجعى وشبهوا المدة بالعدة وهو شبه قوى وقد روى ذلك عن ابن عباس

﴿المسئلة الثانية﴾ واما اختلافهم فى اليمين التى يكون بها الايلاء فان مالكا قال يقع الايلاء بكل يمين وقال الشافعى لا يقع الا بالايمان المباحة فى الشرع وهى اليمين بالله او بصفة من صفاته فمالك اعتمد العموم اعنى عموم قوله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة اشهر) والشافعى يشبه الايلاء بيمين الكفارة وذلك ان كلا اليمينين يترتب عليهما حكم شرعى فوجب ان تكون اليمين التى ترتب عليها حكم الايلاء هى اليمين التى يترتب عليها الحكم الذى هو الكفارة

﴿ المسألة الثالثة ﴾ وأما لحوق حكم الايلاء للزوج اذا ترك الوطء بغير يمين فان الجمهور على أنه لا يلزمه حكم الايلاء بغير يمين ومالك يلزمه وذلك اذا قصد الاضرار بترك الوطء وان لم يحلف على ذلك فالجمهور اعتمدوا الظاهر ومالك اعتمد المعنى لان الحكم انما لزمه باعتقاده ترك الوطء وسواء شد ذلك الاعتقاد بيمين أو بغير يمين لان الضرر يوجد فى الحالتين جميعا

﴿ المسألة الرابعة ﴾ وأما اختلافهم فى مدة الايلاء فان مالكا ومن قال بقوله يرى ان مدة الايلاء يجب أن تكون أكثر من أربعة أشهر اذ كان الفىء عنده انما هو بعد الاربعة الاشهر وأما أبو حنيفة فان مدة الايلاء عنده هى الاربعة الاشهر فقط اذ كان الفىء عنده انما هو فيها وذهب الحسن وابن أبى ليلى الى انه اذا حلف وقتاما وان كان أقل من أربعة أشهر كان موليا يضرب له الاجل الى انقضاء الاربعة الاشهر من وقت اليمين وروى عن ابن عباس ان المولى هو من حلف ان لا يصيب امرأته على التأبيد والسبب فى اختلافهم فى المدة اطلاق الآية فاختلافهم فى وقت الفىء وفى صفة اليمين ومدته هو كون الآية عامة فى هذه المعانى أو مجملة وكذلك اختلافهم فى صفة المولى والمولى منها ونوع الطلاق على ما سيأتى بعد وأما ما سوى ذلك فسبب اختلافهم فيه هو سبب السكوت عنها وهذه هى أركان الايلاء أعنى معرفة نوع اليمين ووقت الفىء والمدة وصفة المولى والمولى منها ونوع الطلاق الواقع فيه

﴿ المسألة الخامسة ﴾ فاما الطلاق الذى يقع بالايلاء فعند مالك والشافعى انه رجعى لان الاصل ان كل طلاق وقع بالشرع انه يحمل على انه رجعى الى ان يدل الدليل الى انه بائن وقال أبو حنيفة وأبو ثور هو بائن قالوا وذلك انه ان كان رجعيا لم يزل الضرر عنها بذلك لانه يجبرها على الرجعة فسبب الاختلاف معارضة المصلحة المقصودة بالايلاء للاصل المعروف فى الطلاق فمن غلب الاصل قال رجعى ومن غلب المصلحة قال بائن

﴿ المسألة السادسة ﴾ وأما هل يطلق القاضى اذا أبى الفىء أو الطلاق أو يحبس حتى يطلق فان مالكا قال يطلق القاضى عليه وقال أهل الظاهر يحبس حتى يطلقها بنفسه وسبب الخلاف معارضة الاصل المعروف فى الطلاق للمصلحة فمن راعى

الاصل المعروف فى الطلاق قال لا يقع طلاق الا من الزوج ومن راعى الضرر الداخل من ذلك على النساء قال يطلق السلطان وهو نظر الى المصلحة العامة وهذا هو الذى يعرف بالقياس المرسل والمنقول عن مالك العمل به وكثير من الفقهاء يأبى ذلك

﴿ المسئلة السابعة ﴾ وأما هل يتكرر الايلاء اذا طلقها ثم راجعها فان مالكا يقول اذا راجعها فلم يطأها تكرر الايلاء عليه وهذا عنده فى الطلاق الرجعى والبائن وقال أبو حنيفة الطلاق البائن يسقط الايلاء وهو أحد قولى الشافعى وهذا القول هو الذى اختاره المزنى وجماعة العلماء على أن الايلاء لا يتكرر بعد الطلاق الا باعادة اليمين والسبب فى اختلافهم معارضة المصلحة لظاهر شرط الايلاء وذلك انه لا ايلاء فى الشرع الا حيث يكون يمين فى ذلك النكاح بنفسه لا فى نكاح آخر ولكن ان راعيناهذا وجد الضرر المقصود ازالته بحكم الايلاء ولذلك رأى مالك انه يحكم بحكم الايلاء بغير يمين اذا وجد معنى الايلاء

﴿ المسئلة الثامنة ﴾ وأما هل تلزم الزوجة المولى منها عدة أو ليس تلزمها فان الجمهور على ان العدة تلزمها وقال جابر بن زيد لا تلزمها عدة اذا كانت قد حاضت فى مدة الاربعة أشهر ثلاث حيض وقال بقوله طائفة وهو مروى عن ابن عباس وحجته ان العدة انما وضعت لبراءة الرحم وهذه قد حصلت لها البراءة وحجة الجمهور انها مطلقة فوجب ان تعتد كسائر المطلقات وسبب الخلاف ان العدة جمعت عبادة ومصلحة فمن لحظ جانب المصلحة لم ير عليها عدة ومن لحظ جانب العبادة أوجب عليها العدة

﴿ المسئلة التاسعة ﴾ وأما ايلاء العبد فان مالكا قال ايلاء العبد شهران على النصف من ايلاء الحر قياسا على حدوده وطلاقه وقال الشافعى وأهل الظاهر ايلاؤه مثل ايلاء الحر أربعة أشهر تمسكا بالعموم والظاهر ان تعلق الايمان بالحر والعبد سواء والايلاء يمين وقياسا أيضا على مدة العنين وقال أبو حنيفة النقص الداخل على الايلاء معتبر بالنساء لا بالرجال كالعدة فان كانت المرأة حرة كان الايلاء ايلاء الحر وان كان الزوج عبدا وان كانت أمة فعلى النصف وقياس الايلاء على

الحد غير جيد وذلك ان العبد انما كان حده أقل من حد الحر لان الفاحشة منه أقل قبحا ومن الحر أعظم قبحا ومدة الايلاء انما ضربت جمعا بين التوسعة على الزوج و بين ازالة الضرر عن الزوجة فاذا فرضنا مدة أقصر من هذه كان أضيق على الزوج وأنفى للضرر عن الزوجة والحر أحق بالتوسعة ونفى الضرر عنه فلذلك كان يجب على هذا القياس أن لا ينقص من الايلاء الا اذا كان الزوج عبدا والزوجة حرة فقط وهذا لم يقل به أحد فالواجب التسوية والذين قالوا بتأثير الرق فى مدة الايلاء اختلفوا فى زوال الرق بعد الايلاء هل ينتقل الى ايلاء الاحرار أم لا فقال مالك لا ينتقل من ايلاء العبيد الى ايلاء الاحرار وقال أبو حنيفة ينتقل فعنده ان الامة اذا عتقت وقد آلى زوجها منها انتقلت الى ايلاء الاحرار وقال ابن القاسم الصغيرة التى لا يجامع مثلها لا ايلاء عليها فان وقع وتمادى حسبت الاربعة الاشهر من يوم بلغت وانما قال ذلك لانه لا ضرر عليها فى ترك الجماع وقال أيضا لا ايلاء على خصى" ولا على من لا يقدر على الجماع

﴿ المسئلة العاشرة ﴾ وأما هل من شرط رجعة المولى ان يطأ فى العدة أم لا فان الجمهور ذهبوا الى أن ذلك ليس من شرطها وأما مالك فانه قال اذا لم يطأ فيها من غير عذر مرض أو ما أشبه ذلك فلا رجعة عنده له عليها وتبقى على عدتها ولا سبيل له اليها اذا انقضت العدة وحجة الجمهور انه لا يخلو أن يكون الايلاء يعود برجعته اياها فى العدة أو لا يعود فان عاد لم يعتبر واستؤنف الايلاء من وقت الرجعة أعنى تحسب مدة الايلاء من وقت الرجعة وان لم يعد الايلاء لم يعتبر أصلا الا على مذهب من يرى ان الايلاء يكون بغير يمين وكيفما كان فلا بد من اعتبار الاربعة الاشهر من وقت الرجعة وأما مالك فانه قال كل رجعة من طلاق كان لرفع ضرر فان صحة الرجعة معتبرة فيه بزوال ذلك الضرر وأصله المعسر بالنفقة اذا طلق عليه ثم ارتجع فان رجعته تعتبر صحتها بيساره فسبب الخلاف قياس الشبه وذلك ان من شبه الرجعة بابتداء النكاح أوجب فيها تجدد الايلاء ومن شبه هذه الرجعة برجعة المطلق لضرر لم يرتفع منه ذلك الضرر قال يبقى على الاصل

(كتاب الظهار)

والاصل فى الظهار الكتاب والسنة فاما الكتاب فقوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة) الآية واما السنة فحديث خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت ظاهر منى زوجى أويس بن الصامت فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو اليه ورسول الله يجادلنى فيه ويقول اتق الله فانه ابن عمك فما خرجت حتى أنزل الله (قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكى الى الله والله يسمع تحاوركما) الآيات فقال ليعتق رقبة قالت لا يجد قال فيصوم شهرين متتابعين قالت يارسول الله انه شيخ كبير مابه من صيام قال فليطعم ستين مسكينا قالت ماعنده من شئ يتصدق به قال فانى سأعينه بعرق من تمر قالت وأنا أعينه بعرق آخر قال لقد أحسنت اذهبى فأطعمى عنه ستين مسكينا خرجه أبوداود. وحديث سلمة بن صخر البياضى عن النبى صلى الله عليه وسلم والكلام فى أصول الظهار ينحصر فى سبعة فصول منها فى ألفاظ الظهار ومنها فى شرط وجوب الكفارة فيه ومنها فيمن يصح فيه الظهار ومنها فيما يحرم على المظاهر ومنها هل يتكرر الظهار بتكرر النكاح ومنها هل يدخل الايلاء عليه ومنها القول فى أحكام كفارة الظهار

(الفصل الاول)

واتفق الفقهاء على أن الرجل اذا قال لزوجته أنت على كظهر أمى انه ظهار واختلفوا اذا ذكر عضوا غير الظهر أو ذكر ظهر من تحرم عليه من المحرمات النكاح على التأبيد غير الام فقال مالك هو ظهار وقال جماعة من العلماء لا يكون ظهارا الا بلفظ الظهر والام وقال أبو حنيفة يكون بكل عضو يحرم النظر اليه وسبب اختلافهم معارضة المعنى للظاهر وذلك ان معنى التحريم تستوى فيه الام وغيرها من المحرمات والظهر وغيره من الاعضاء وأما الظاهر من الشرع فانه يقتضى ان لا يسمى ظهارا الا ماذكر فيه لفظ الظهر والام وأما اذا قال هى على كأمى ولم يذكر الظهر فقال أبو حنيفة والشافعى ينوى فى ذلك لأنه قد يريد بذلك الاجلال لها وعظم منزلتها عنده وقال مالك هو ظهار وأما من شبه زوجته بأجنبية لا تحرم

عليه على التأبيد فانه ظهار عند مالك وعند ابن الماجشون ليس بظهار وسبب الخلاف هل تشبيهه الزوجة بحرمة غير مؤبدة التحريم كتشبيهها بمؤبدة التحريم

(الفصل الثانى)

وأما شروط وجوب الكفارة فان الجمهور على انها لا تجب دون العود وشذ مجاهد وطاوس فقالا تجب دون العود ودليل الجمهور قوله تعالى (والذين يظاهرون من من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة) وهو نص فى معنى وجوب تعلق الكفارة بالعود وأيضا فمن طريق القياس فان الظهار يشبه الكفارة فى اليمين فكما أن الكفارة انما تلزم بالمخالفة أو بارادة المخالفة كذلك الامر فى الظهار وحجة مجاهد وطاوس أنه معنى يوجب الكفارة العليا فوجب ان يوجبها بنفسه لا بمعنى زائد تشبيها بكفارة القتل والفطر وأيضا فانهم قالوا انه كان طلاق الجاهلية فنسخ تحريمه بالكفارة وهو معنى قوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا) والعود عندهم هو العود فى الاسلام فأما القائلون باشتراط العود فى ايجاب الكفارة فانهم اختلفوا فيه ماهو فعن مالك فى ذلك ثلاث روايات احداهن أن العود هو أن يعزم على امساكها والوطء معا والثانية أن يعزم على وطئها فقط وهى الرواية الصحيحة المشهورة عند أصحابه وبه قال أبو حنيفة وأحمد والرواية الثالثة أن العود هو نفس الوطء وهى أضعف الروايات عند أصحابه وقال الشافعى العود هو الامساك نفسه قال ومن مضى له زمان يمكنه أن يطلق فيه ولم يطلق ثبت أنه عائد ولزمته الكفارة لأن اقامته زمانا يمكنه أن يطلق فيه من غير أن يطلق يقوم مقام ارادة الامساك منه أو هو دليل ذلك وقال داود وأهل الظاهر العود هو أن يكرر لفظ الظهار ثانية ومتى لم يفعل ذلك فليس بعائد ولا كفارة عليه فدليل الرواية المشهورة لمالك ينبنى على أصلين أحدهما ان المفهوم من الظهار هو ان وجوب الكفارة فيه انما يكون بارادته العودة الى ما حرم على نفسه بالظهار وهو الوطء واذا كان ذلك كذلك وجب أن تكون العودة هى اما الوطء نفسه واما العزم عليه وارادته والأصل الثانى انه ليس يمكن أن يكون العود نفسه هو الوطء لقوله تعالى فى الآية (فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا) ولذلك كان الوطء محرما حتى يكفر قالوا ولو كان العود نفسه

الامساك لكان الظهار نفسه يحرم الامساك فكان الظهار يكون طلاقا و بالجملة فالمعول عندهم فى هذه المسئلة هو الطريق الذى يعرفه الفقهاء بطريق السبر والتقسيم وذلك ان معنى العود لا يخلو ان يكون تكرار اللفظ على ما يراه داود أو الوطء نفسه أو الامساك نفسه أو ارادة الوطء ولا يكون تكرار اللفظ لأن ذلك تأكيد والتأكيد لا يوجب الكفارة ولا يكون ارادة الامساك للوطء فان الامساك موجود بعد فقد بقى أن يكون ارادة الوطء وان كان ارادة الامساك للوطء فقد أراد الوطء فثبت ان العود هو الوطء ومعتمد الشافعية فى اجرائهم ارادة الامساك أو الامساك مجرى ارادة الوطء ان الامساك يلزم عنه الوطء فجعلوا لازم الشئ مشبها بالشئ وجعلوا حكمهما واحدا وهو قريب من الرواية الثانية وربما استدلت الشافعية على أن ارادة الامساك هو السبب فى وجوب الكفارة ان الكفارة ترتفع بارتفاع الامساك وذلك اذا طلق أثر الظهار ولهذا احتاط مالك فى الرواية الثانية فجعل العود هو ارادة الأمرين جميعا أعنى الوطء والامساك واما أن يكون العود الوطء فضعيف ومخالف للنص والمعتمد فيها تشبيه الظهار باليمين أى كما أن كفارة اليمين انما تجب بالحنث كذلك الأمر ههنا وهو قياس شبه عارضه النص وأما داود فانه تعلق بظاهر اللفظ فى قوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا) وذلك يقتضى الرجوع الى القول نفسه وعند أبى حنيفة انه العود فى الاسلام الى ما تقدم من ظهارهم فى الجاهلية وعند مالك والشافعى ان المعنى فى الآية ثم يعودون فيما قالوا وسبب الخلاف بالجملة انما هو مخالفة الظاهر للمفهوم فمن اعتمد المفهوم جعل العودة ارادة الوطء أو الامساك وتأول معنى اللام فى قوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا) بمعنى الفاء وأما من اعتمد الظاهر فانه جعل العودة تكرير اللفظ وأن العودة الثانية انما هى ثانية للاولى التى كانت منهم فى الجاهلية ومن تأول أحد هذين فالأشبه له أن يعتقد ان بنفس الظهار تجب الكفارة كما اعتقد ذلك مجاهد الا أن يقدر فى الآية محذوفا وهو ارادة الامساك فههنا اذا ثلاثة مذاهب اما أن تكون العودة هى تكرار اللفظ واما ان تكون ارادة الامساك واما أن تكون العودة هى التى فى الاسلام وهذان ينقسمان قسمين أعنى الأول والثالث أحدهما أن يقدر فى الآية محذوفا

وهو ارادة الامساك فيشترط هذه الارادة فى وجوب الكفارة وأما ألا يقدر فيها محذوفا فتجب الكفارة بنفس الظهار واختلفوا من هذا الباب فى فروع وهو هل اذا طلق قبل ارادة الامساك أو ماتت عنه زوجته هل تكون عليه كفارة أم لا فجمهور العلماء على أن لا كفارة عليه الا أن يطلق بعد ارادة العودة أو بعد الامساك بزمان طويل على ما يراه الشافعي وحكى عن عثمان البتى أن عليه الكفارة بعد الطلاق وانها اذا ماتت قبل ارادة العودة لم يكن له سبيل الى ميراثها الا بعد الكفارة وهذا شذوذ مخالف للنص والله أعلم

(الفصل الثالث)

واتفقوا على لزوم الظهار من الزوجة التى فى العصمة واختلفوا فى الظهار من الأمة ومن التى فى غير العصمة وكذلك اختلفوا فى ظهار المرأة من الرجل فأما الظهار من الامة فقال مالك والثورى وجماعة الظهار منها لازم كالظهار من الزوجة الحرة وكذلك المدبرة وأم الولد وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور لا ظهار من أمة وقال الأوزاعى ان كان يطأ أمته فهو منها مظاهر وان لم يطأها فهى يمين وفيها كفارة يمين وقال عطاء هو مظاهر لكن عليه نصف كفارة فدليل من أوقع ظهار الأمة عموم قوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) والاماء من النساء وحجة من لم يجعله ظهار انهم قد أجمعوا ان النساء فى قوله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) هن ذوات الأزواج فكذلك اسم النساء فى آية الظهار فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه للعموم أعنى تشبيه الظهار بالايلاء وعموم لفظ النساء أعنى ان عموم اللفظ يقتضى دخول الاماء فى الظهار وتشبيهه بالايلاء يقتضى خروجهن من الظهار وأما هل من شرط الظهار كون المظاهر منها فى العصمة أم لا فذهب مالك ان ذلك ليس من شرطه وان من عين امرأة ما بعينها وظاهر منها بشرط التزويج كان مظاهرا منها وكذلك ان لم يعين وقال كل امرأة أتزوجها فهى منى كظهر أمى وذلك بخلاف الطلاق و بقول مالك فى الظهار قال أبو حنيفة والثورى والأوزاعى وقال قائلون لا يلزم الظهار الا فيما يملك الرجل وممن قال بهذا القول الشافعى وأبو ثور وداود وفرق قوم فقالوا ان أطلق لم يلزمه ظهار وهو أن يقول كل امرأة أتزوجها

فهي مني كظهر أمي فان قيده لزمه وهو أن يقول ان تزوجت فلانة أو سمى قرية أو قبيلة وقائل هذا القول هو ابن أبي ليلى والحسن بن حي ودليل الفريق الاول قوله تعالى أوفوا بالعقود ولانه عقد على شرط الملك فاشبه اذا ملك والمؤمنون عند شروطهم وهو قول عمر وأما حجة الشافعي فحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا طلاق الا فيما يملك ولا عتق الا فيما يملك ولا بيع الا فيما يملك ولا وفاء بنذر الا فيما يملك خرجه أبو داود والترمذي والظهار شبيه بالطلاق وهو قول ابن عباس وأما الذين فرقوا بين التعميم والتعيين فانهم رأوا أن التعميم في الظهار من باب الحرج وقد قال الله تعالى (وما جعل عليكم في الدين من حرج) واختلفوا أيضا من هذا الباب في هل تظاهر المرأة من الرجل فعن العلماء في ذلك ثلاثة أقوال أشهرها انه لا يكون منها ظهار وهو قول مالك والشافعي والثاني أن عليها كفارة يمين والثالث أن عليها كفارة الظهار ومعتمد الجمهور تشبيه الظهار بالطلاق ومن ألزم المرأة الظهار فتشبيها للظهار باليمين ومن فرق فلانه رأى ان أقل اللازم لها في ذلك هو كفارة يمين وهو ضعيف وسبب الخلاف تعارض الاشباه في هذا المعنى

(الفصل الرابع)

واتفقوا على أن المظاهر يحرم عليه الوطء واختلفوا فيما دونه من ملامسة ووطء في غير الفرج ونظر اللذة فذهب مالك الى أنه يحرم الجماع وجميع أنواع الاستمتاع مما دون الجماع من الوطء فيما دون الفرج واللمس والتقبيل والنظر للذة ما عدا وجهها وكفيها ويديها من سائر بدنها ومحاسنها وبه قال أبو حنيفة الا أنه انما كره النظر للفرج فقط وقال الشافعي انما يحرم الظهار الوطء في الفرج فقط المجمع عليه لا ما عدا ذلك وبه قال الثوري وأحمد وجماعة ودليل مالك قوله تعالى (من قبل أن يتماسا) وظاهر لفظ التماس يقتضي المباشرة فما فوقها ولانه أيضا لفظ حرمت به عليه فاشبه لفظ الطلاق ودليل قول الشافعي ان المباشرة كناية ههنا عن الجماع بدليل اجماعهم على أن الوطء محرم عليه واذا دلت على الجماع لم تدل على ما فوق الجماع لانها اما أن تدل على ما فوق الجماع واما أن تدل على الجماع وهي الدلالة المجازية لكن قد اتفقوا على أنها دالة على الجماع فانتفت الدلالة المجازية اذ لا يدل لفظ واحد دلالتين

حقيقة ومجازا قلت الذين يرون ان اللفظ المشترك له عموم لا يبعد أن يكون اللفظ الواحد عندهم يتضمن المعنيين جميعا أعنى الحقيقة والمجاز وان كان لم تجر به عادة العرب ولذلك القول به فى غاية من الضعف ولو علم أن للشرع فيه تصرفا لجاز وأيضا فان الظهار مشبه عندهم بالايلاء فوجب أن يختص عندهم بالفرج

(الفصل الخامس)

وأما تكرر الظهار بعد الطلاق أعنى اذا طلقها بعد الظهار قبل أن يكفر ثم راجعها هل يتكرر عليه الظهار فلا يحل له المسيس حتى يكفر فيه خلاف قال مالك ان طلقها دون الثلاث ثم راجعها فى العدة أو بعدها فعليه الكفارة وقال الشافعى ان راجعها فى العدة فعليه الكفارة وان راجعها فى غير العدة فلا كفارة عليه وعنه قول آخر مثل قول مالك وقال محمد بن الحسن الظهار راجع عليها ان نكحها بعد الثلاث أو بعد واحدة وهذه المسئلة شبيهة بمن يحلف بالطلاق ثم يطلق ثم يراجع هل تبقى تلك اليمين عليه أم لا وسبب الخلاف هل الطلاق يرفع جميع أحكام الزوجية ويهدمها أولا يهدمها فمنهم من رأى ان البائن الذى هو الثلاث يهدم وان ما دون الثلاث لا يهدم ومنهم من رأى ان الطلاق كله غير هادم وأحسب ان من الظاهرية من يرى انه كله هادم

(الفصل السادس)

وأما هل يدخل الايلاء على الظهار اذا كان مضارا وذلك بأن لا يكفر مع قدرته على الكفارة فان فيه أيضا اختلافا فابو حنيفة والشافعى يقولان لا يتداخل الحكمان لأن حكم الظهار خلاف حكم الايلاء وسواء كان عندهم مضارا أو لم يكن وبه قال الأوزاعى وأحمد وجماعة وقال مالك يدخل الايلاء على الظهار بشرط أن يكون مضارا وقال الثورى يدخل الايلاء على الظهار وتبين منه بانقضاء الأربعة الأشهر من غير اعتبار المضارة ففيه ثلاثة أقوال قول انه يدخل بإطلاق وقول انه لا يدخل بإطلاق وقول انه يدخل مع المضارة ولا يدخل مع عدمها وسبب الخلاف مراعاة المعنى واعتبار الظاهر فمن اعتبر الظاهر قال لا يتداخلان ومن اعتبر المعنى قال يتداخلان اذا كان القصد الضرر

الفصل السابع

والنظر فى كفارة الظهار فى أشياء منها فى عدد أنواع الكفارة وترتيبها وشروط نوع نوع منها أعنى الشروط المصححة ومتى تجب كفارة واحدة ومتى تجب أكثر من واحدة فأما أنواعها فانهم أجمعوا على أنها ثلاثة أنواع اعتاق رقبة أو صيام شهرين أو اطعام ستين مسكينا وانها على الترتيب فالاعتاق أولا فان لم يكن فالصيام فان لم يكن فالاطعام هذا فى الحر واختلفوا فى العبد هل يكفر بالعتق أو الاطعام بعد اتفاقهم ان الذى يبدأ به الصيام أعنى اذا عجز عن الصيام فأجاز للعبد العتق ان أذن له سيده أبو ثور وداود وأبى ذلك سائر العلماء وأما الاطعام فأجازه له مالك ان أطعم باذن سيده ولم يجز ذلك أبو حنيفة والشافعى ومبنى الخلاف فى هذه المسئلة هل يملك العبد أو لا يملك وأما اختلافهم فى الشروط المصححة فنها اختلافهم اذا وطئ فى صيام الشهرين هل عليه استئناف الصيام أم لا فقال مالك وأبو حنيفة يستأنف الصيام الا أن أبا حنيفة شرط فى ذلك العمد ولم يفرق مالك بين العمد فى ذلك والنسيان وقال الشافعى لا يستأنف على حال وسبب الخلاف تشبيه كفارة الظهار بكفارة اليمين والشرط الذى ورد فى كفارة الظهار أعنى أن تكون قبل المسيس فمن اعتبر هذا الشرط قال يستأنف الصوم ومن شبهه بكفارة اليمين قال لا يستأنف لأن الكفارة فى اليمين ترفع الحنث بعد وقوعه باتفاق ومنها هل من شرط الرقبة أن تكون مؤمنة أم لا فذهب مالك والشافعى الى أن ذلك شرط فى الاجزاء وقال أبو حنيفة يجزى فى ذلك رقبة الكافر ولا يجزى عندهم اعتاق الوثنية والمرتدة دليل الفريق الاول انه اعتاق على وجه القربة فوجب أن تكون مسلمة أصله الاعتاق فى كفارة القتل وربما قالوا ان هذا ليس من باب القياس وانما هو من باب حمل المطلق على المقيد وذلك انه قيد الرقبة بالايمان فى كفارة القتل وأطلقها فى كفارة الظهار فيجب صرف المطلق الى المقيد وهذا النوع من حمل المطلق على المقيد فيه خلاف والحنفية لا يجيزونه وذلك ان الاسباب فى القضيتين مختلفة وأما حجة أبى حنيفة فهو ظاهر العموم ولا معارضة عنده بين المطلق والمقيد فوجب عنده أن يحمل كل على لفظه ومنها اختلافهم هل من شرط الرقبة أن تكون سالمة من العيوب أم لا ثم ان كانت

سليمة فمن أى العيوب تشترط سلامتها فالذى عليه الجمهور ان للعيوب تأثيرا فى منع اجزاء العتق وذهب قوم الى أنه ليس لها تأثير فى ذلك وحجة الجمهور تشبيهها بالاضاحى والهدايا لكون القربة تجمعها وحجة الفريق الثانى اطلاق اللفظ فى الآية فسبب الخلاف معارضة الظاهر لقياس الشبه والذين قالوا ان للعيوب تأثيرا فى منع الاجزاء اختلفوا فى عيب عيب مما يعتبر فى الاجزاء أو عدمه أما العمى وقطع اليدين أو الرجلين فلا خلاف عندهم فى أنه مانع للاجزاء واختلفوا فيما دون ذلك فمنها هل يجوز قطع اليد الواحدة أجازه أبو حنيفة ومنعه مالك والشافعى وأما الاعور فقال مالك لا يجزى وقال عبد الملك يجزى وأما الاقطع الاذنين فقال مالك لا يجزى وقال أصحاب الشافعى يجزى وأما الاصم فاختلف فيه فى مذهب مالك فقيل يجزى وقيل لا يجزى وأما الاخرس فلا يجزى عند مالك وعن الشافعى فى ذلك قولان أما المجنون فلا يجزى أما الخصى فقال ابن القاسم لا يعجبنى الخصى وقال غيره لا يجزى وقال الشافعى يجزى واعتاق الصغير جائز فى قول عامة فقهاء الأمصار وحكى عن بعض المتقدمين منعه والعرج الخفيف فى المذهب يجزى وأما البين العرج فلا والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى قدر النقص المؤثر فى القربة وليس له أصل فى الشرع الا الضحايا وكذلك لا يجزى فى المذهب ما فيه شركة أو طرف حرية كالكتابة والتدبير لقوله تعالى (فتحرير رقبة) والتحرير هو ابتداء الاعتاق واذا كان فيه عقد من عقود الحرية كالكتابة كان تنجيزا لا اعتاقا وكذلك الشركة لان بعض الرقبة ليس برقبة وقال أبو حنيفة ان كان المكاتب أدى شيأ من مال الكتابة لم يجز وان كان لم يؤد جاز واختلفوا هل يجزيه عتق مدبره فقال مالك لا يجزيه تشبيها بالكتابة لانه عقد ليس له حله وقال الشافعى يجزيه ولا يجزى عند مالك اعتاق أم ولده ولا المعتق الى أجل مسمى أما عتق أم الولد فلان عقدها آكد من عقد الكتابة والتدبير بدليل انهما قد يطرأ عليهما الفسخ أما فى الكتابة فمن العجز عن أداء النجوم وأما فى التدبير فاذا ضاق عنه الثلث وأما العتق الى أجل فانه عقد عتق لا سبيل الى حله واختلف مالك والشافعى مع أبى حنيفة فى اجزاء عتق من يعتق عليه بالنسب فقال مالك والشافعى لا يجزى عنه وقال أبو حنيفة اذا نوى

به عتقه عن ظهار أجزأ فأبو حنيفة شبهه بالرقبة التى لا يجب عتقها وذلك ان كل
واحدة من الرقبتين غير واجب عليه شراؤها وبذل القيمة فيها على وجه العتق فاذا
نوى بذلك التكفير جاز والمالكية والشافعية رأت انه اذا اشترى من يعتق عليه
عتق عليه من غير قصد الى اعتاقه فلا يجزيه فأبو حنيفة أقام القصد للشراء مقام
العتق وهؤلاء قالوا لا بد أن يكون قاصدا للعتق نفسه فكلاهما يسمى معتقا باختياره
ولكن أحدهما معتق بالاختيار الأول والآخر معتق بلازم الاختيار فكأنه معتق
على القصد الثانى ومشتر على القصد الأول والآخر بالعكس واختلف مالك والشافعى
فيمن أعتق نصفى عبدين فقال مالك لا يجوز ذلك وقال الشافعى يجوز لأنه فى معنى
الواحد ومالك تمسك بظاهر دلالة اللفظ فهذا ما اختلفوا فيه من شروط الرقبة
المعتقة وأما شروط الاطعام فانهم اختلفوا من ذلك فى القدر الذى يجزى لمسكين
مسكين من الستين مسكينا الذين وقع عليهم النص فعن مالك فى ذلك روايتان
أشهرهما ان ذلك مد بمد هشام لكل واحد وذلك مدان بمد النبى صلى الله عليه وسلم
وقد قيل هو أقل وقد قيل هو مد وثلث وأما الرواية الثانية فمد لكل مسكين بمد
النبى صلى الله عليه وسلم وبه قال الشافعى فوجه الرواية الاولى اعتبار الشبع غالبا أعنى
الغداء والعشاء ووجه هذه الرواية الثانية اعتبار هذه الكفارة اليمين فهذا هو اختلافهم
فى شروط الصحة فى الواجبات فى هذه الكفارة وأما اختلافهم فى مواضع تعددها
ومواضع اتحادها فمنها اذا ظاهر بكلمة واحدة من نسوة أكثر من واحدة هل
يجزى فى ذلك كفارة واحدة أم يكون عدد الكفارات على عدد النسوة فعند مالك
أنه يجزى فى ذلك كفارة واحدة وعند الشافعى وأبى حنيفة ان فيها من الكفارات
بعدد المظاهر منهن ان اثنتين فاثنتين وان ثلاثا فثلاثا وان أكثر فمن شبهه
بالطلاق أوجب فى كل واحدة كفارة ومن شبهه بالايلاء أوجب فيه كفارة
واحدة وهو بالايلاء أشبه ومنها اذا ظاهر من امرأته فى مجالس شتى هل عليه كفارة
واحدة أو على عدد المواضع التى ظاهر فيها فقال مالك ليس عليه الا كفارة
واحدة الا أن يظاهر ثم يكفر ثم يظاهر فعليه كفارة ثانية وبه قال الأوزاعى وأحمد
واسحق وقال أبو حنيفة والشافعى لكل ظهار كفارة وأما اذا كان ذلك فى مجلس

واحد فلا خلاف عند مالك ان فى ذلك كفارة واحدة وعند أبى حنيفة ان ذلك راجع الى نيته فان قصد التأكيد كانت الكفارة واحدة وان أراد استئناف الظهار كان ما أراد ولزمه من الكفارات على عدد الظهار وقال يحيى بن سعيد تلزم الكفارة على عدد الظهار سواء كان فى مجلس واحد أو فى مجالس شتى والسبب فى هذا الاختلاف أن الظهار الواحد بالحقيقة هو الذى يكون بلفظ واحد من امرأة واحدة فى وقت واحد والمتعدد بلا خلاف هو الذى يكون بلفظين من امرأتين فى وقتين فان كرر اللفظ من امرأة واحدة فهل يوجب تعدد اللفظ تعدد الظهار أم لا يوجب ذلك فيه تعددا وكذلك ان كان اللفظ واحدا والمظاهر منها أكثر من واحدة وذلك ان هذه بمنزلة المتوسطات بين ذينك الطرفين فمن غلب عليه شبه الطرف الواحد أوجب له حكمه ومن غلب عليه شبه الطرف الثانى أوجب له حكمه ومنها اذا ظاهر من امرأته ثم مسها قبل أن يكفر هل عليه كفارة واحدة أم لا فأكثر فقهاء الأمصار مالك والشافعى وأبو حنيفة والثورى والأوزاعى وأحمد واسحق وأبو ثور وداود والطبرى وأبو عبيد ان فى ذلك كفارة واحدة والحجة لهم حديث سلمة بن صخر البياضى انه ظاهر من امرأته فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وقع بامرأته قبل أن يكفر فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فأمره أن يكفر تكفيرا واحدا وقال قوم عليه كفارتان كفارة العزم على الوطء وكفارة الوطء لأنه وطئ وطأ محرما وهو مروى عن عمرو بن العاص وقبيصة بن ذؤيب وسعيد بن جبير وابن شهاب وقد قيل انه لا يلزمه شئ لا عن العود ولا عن الوطء لأن الله تعالى اشترط صحة الكفارة قبل المسيس فاذا مس فقد خرج وقتها فلا تجب الا بأمر مجدد وذلك معدوم فى مسئلتنا وفيه شذوذ وقال أبو محمد بن حزم من كان فرضه الاطعام فليس يحرم عليه المسيس قبل الاطعام وانما يحرم المسيس على من كان فرضه العتق أو الصيام

كتاب اللعان

والقول فيه يشتمل على خمسة فصول بعد القول بوجوبه الفصل الأول فى أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها الفصل الثانى فى صفات المتلاعنين الثالث فى صفة

اللعان الرابع فى حكم نكول أحدهما أو رجوعه الخامس فى الاحكام اللازمة لتمام اللعان فأما الاصل فى وجوب اللعان أما من الكتاب فقوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم) الآية وأما من السنة فما رواه مالك وغيره من مخرجى الصحيح من حديث عويمر العجلانى اذ جاء الى عاصم بن عدى العجلانى رجل من قومه فقال له ياعاصم أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل سل لى ياعاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رجع عاصم الى أهله جاء عويمر فقال ياعاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لم تأتنى بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسئلة التى سألت عنها فقال والله لا أنتهى حتى أسأله عنها فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال يارسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد نزل فيك وفى صاحبتك قرآن فاذهب فأت بها قال سهل فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر كذبت عليها يارسول الله ان أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مالك قال ابن شهاب فلم تزل تلك سنة المتلاعنين وأيضا من طريق المعنى لما كان الفراش موجبا للحوق النسب كان بالناس ضرورة الى طريق ينفونه به اذا تحققوا فساده وتلك الطريق هى اللعان فاللعان حكم ثابت بالكتاب والسنة والقياس والاجماع اذ لا خلاف فى ذلك أعلمه فهذا هو القول فى اثبات حكمه

(الفصل الاول)

وأما صور الدعاوى التى يجب بها اللعان فهى أولا صورتان احداهما دعوى الزنا والثانية نفى الحمل ودعوى الزنا لا يخلو أن تكون مشاهدة أعنى أن يدعى أنه شاهدها تزنى كما يشهد الشاهد على الزنا أو تكون دعوى مطلقة واذا نفى الحمل فلا يخلو أن ينفيه أيضا نفيا مطلقا أو يزعم أنه لم يقربها بعد استبرائها فهذه أربعة أحوال بسائط وسائر الدعاوى تتركب عن هذه مثل أن يرميها بالزنا وينفى الحمل أو يثبت الحمل ويرميها بالزنا

فأما وجوب اللعان بالقذف بالزنا اذا ادعى الرؤية فلا خلاف فيه قالت المالكية اذا زعم أنه لم يطأها بعد وأما وجوب اللعان بمجرد القذف فالجمهور على جوازه الشافعى وأبو حنيفة والثورى وأحمد وداود وغيرهم وأما المشهور عن مالك فانه لا يجوز اللعان عنده بمجرد القذف وقد قال ابن القاسم أيضا انه يجوز وهى أيضا رواية عن مالك وحجة الجمهور عموم قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) الآية ولم يخص فى الزنا صفة دون صفة كما قال فى ايجاب حد القذف وحجة مالك ظواهر الاحاديث الواردة فى ذلك منها قوله فى حديث سعد أرأيت لو أن رجلا وجد مع امرأته رجلا وحديث ابن عباس وفيه فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال والله يا رسول الله لقد رأيت بعينى وسمعت باذنى فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاء به واشتد عليه فنزلت (والذين يرمون أزواجهم) الآية وأيضا فان الدعوى يجب أن تكون ببينة كالشهادة وفى هذا الباب فرع اختلف فيه قول مالك وهو اذا ظهر بها حمل بعد اللعان فعن مالك فى ذلك روايتان احداهما سقوط الحمل عنه والأخرى لحوقه به واتفقوا فيما أحسب ان من شرط الدعوى الموجبة اللعان برؤية الزنا أن تكون فى العصمة واختلفوا فيمن قذف زوجته بدعوى الزنا ثم طلقها ثلاثا هل يكون بينهما لعان أم لا فقال مالك والشافعى والأوزاعى وجماعة بينهما لعان وقال أبو حنيفة لا لعان بينهما الا أن ينفى ولدا ولا حد وقال مكحول والحكم وقتادة يحد ولا يلاعن وأما ان نفى الحمل فانه كما قلنا على وجهين أحدهما أن يدعى انه استبرأها ولم يطأها بعد الاستبراء وهذا مالا خلاف فيه واختلف قول مالك فى الاستبراء فقال مرة ثلاث حيض وقال مرة حيضة وأما نفيه مطلقا فالمشهور عن مالك انه لا يجب بذلك لعان وخالفه فى هذا الشافعى وأحمد وداود وقالوا لا معنى لهذا لأن المرأة قد تحمل مع رؤية الدم وحكى عبد الوهاب عن أصحاب الشافعى انه لا يجوز نفى الحمل مطلقا من غير قذف واختلفوا من هذا الباب فى فرع وهو وقت نفى الحمل فقال الجمهور ينفيه وهى حامل وشرط مالك انه متى لم ينفه وهو حمل لم يجز له أن ينفيه بعد الولادة بلعان وقال الشافعى اذا علم الزوج الحمل فأمكنه الحاكم من اللعان فلم يلاعن لم يكن له أن ينفيه بعد الولادة وقال أبو حنيفة لا ينفى الولد حتى تضع وحجة مالك ومن قال بقوله الآثار المتواترة من حديث ابن عباس وابن مسعود وأنس وسهل

ابن سعد أن النبي عليه الصلاة والسلام حين حكم باللعان بين المتلاعنين قال ان جاءت به على صفة كذا فما أراه الا قد صدق عليها قالوا وهذا يدل على انها كانت حاملا فى وقت اللعان وحجة أبى حنيفة ان الحمل قد ينفش و يضمحل فلا وجه للعان الا على يقين ومن حجة الجمهور ان الشرع قد علق بظهور الحمل أحكاما كثيرة كالنفقة والعدة ومنع الوطء فوجب ان يكون قياس اللعان كذلك وعند أبى حنيفة انه يلاعن وان لم ينف الحمل الا وقت الولادة وكذلك ما قرب من الولادة ولم يوقت فى ذلك وقتا ووقت صاحباه أبو يوسف ومحمد فقالا له ان ينفيه ما بين أربعين ليلة من وقت الولادة والذين أوجبوا اللعان فى وقت الحمل اتفقوا على ان له نفيه فى وقت العصمة واختلفوا فى نفيه بعد الطلاق فذهب مالك الى ان له ذلك فى جميع المدة التى يلحق الولد فيها بالفراش وذلك هو أقصى زمان الحمل عنده وذلك نحو من أربع سنين عنده أو خمس سنين وكذلك عنده حكم نفى الولد بعد الطلاق اذا لم يزل منكرا له و بقريب من هذا المعنى قال الشافعى وقال قوم ليس له أن ينفى الحمل الا فى العدة فقط وان نفاه فى غير العدة حد والحق به الولد فالحكم يجب به عند الجمهور الى انقضاء أطول مدة الحمل على اختلافهم فى ذلك فان الظاهرية ترى ان أقصر مدة الحمل التى يجب بها الحكم هو المعتاد من ذلك وهى التسعة أشهر وما قاربها ولا اختلاف بينهم أنه يجب الحكم به فى مدة العصمة فما زاد على أقصر مدة الحمل وهى الستة أشهر أعنى ان يولد المولود لستة أشهر من وقت الدخول أو امكانه لا من وقت العقد وشذ أبو حنيفة فقال من وقت العقد وان علم ان الدخول غير ممكن حتى انه ان تزوج عنده رجل بالمغرب الاقصى امرأة بالمشرق الاقصى فجاءت بولد لرأس ستة أشهر من وقت العقد انه يلحق به الا أن ينفيه بلعان وهو فى هذه المسألة ظاهرى محض لأنه انما اعتمد فى ذلك عموم قوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش وهذه المرأة قد صارت فراشا له بالعقد فكأنه رأى ان هذه عبادة غير معللة وهذا شئ ضعيف .واختلف قول مالك من هذا الباب فى فرع وهو انه اذا ادعى انها زنت واعترف بالحمل فعنه فى ذلك ثلاث روايات احداها انه يحد و يلحق به الولد ولا يلاعن والثانية انه يلاعن و ينفى الولد والثالثة انه يلحق به الولد و يلاعن ليدرأ الحد عن نفسه وسبب الخلاف هل يلتفت الى اثباته مع موجب

نفيه وهو دعواه الزنا واختلفوا أيضا من هذا الباب فى فرع وهو اذا أقام الشهود على الزنا هل له ان يلاعن أم لا فقال أبو حنيفة وداود لا يلاعن لأن اللعان انما جعل عوض الشهود لقوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم) الآية وقال مالك والشافعى يلاعن لأن الشهود لا تأثير لهم فى دفع الفراش

(الفصل الثانى)

وأما صفة المتلاعنين فان قوما قالوا يجوز اللعان بين كل زوجين حرين كانا أو عبدين أو أحدهما حر والآخر عبد محدودين كانا أو عدلين أو أحدهما مسلمين كانا أو كان الزوج مسلما والزوجة كتابية ولا لعان بين كافرين الا أن يترافعا الينا وممن قال بهذا القول مالك والشافعى وقال أبو حنيفة وأصحابه لا لعان الا بين مسلمين حرين عدلين وبالجملة فاللعان عندهم انما يجوز لمن كان من أهل الشهادة وحجة أصحاب القول الأول عموم قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم) ولم يشترط فى ذلك شرطا ومعتمد الحنفية أن اللعان شهادة فيشترط فيها ما يشترط فى الشهادة اذ قد سماهم الله شهداء لقوله (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله) ويقولون انه لا يكون لعان الا بين من يجب عليه الحد فى القذف الواقع بينهما وقد اتفقوا على ان العبد لا يحد بقذفه وكذلك الكافر فشبهوا من يجب عليه اللعان بمن يجب فى قذفه الحد اذ كان اللعان انما وضع لدرء الحد مع نفى النسب وربما احتجوا بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا لعان بين أربعة العبدين والكافرين والجمهور يرون أنه يمين وان كان يسمى شهادة فان أحدا لا يشهد لنفسه وأما ان الشهادة قد يعبر عنها باليمين فذلك بين فى قوله تعالى (اذا جاءك المنافقون قالوا) الآية ثم قال (اتخذوا أيمانهم جنة) وأجمعوا على جواز لعان الأعمى واختلفوا فى الأخرس فقال مالك والشافعى يلاعن الأخرس اذا فهم عنه وقال أبو حنيفة لا يلاعن لأنه ليس من أهل الشهادة وأجمعوا على أن من شرطه العقل والبلوغ

(الفصل الثالث)

فأما صفة اللعان فتقاربة عند جمهور العلماء وليس بينهم فى ذلك كبير خلاف وذلك على ظاهر ما تقتضيه ألفاظ الآية فيحلف الزوج أربع شهادات بالله لقد رأيتها تزنى وان ذلك الحمل ليس منى و يقول فى الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم تشهد هى أربع شهادات بنقيض ما شهد هو به ثم تخمس بالغضب هذا كله متفق واختلاف الناس هل يجوز أن يبدل مكان اللعنة الغضب ومكان الغضب اللعنة ومكان أشهد أقسم ومكان قوله بالله غيره من أسمائه والجمهور على انه لا يجوز من ذلك الا ما نص عليه من هذه الألفاظ أصله عدد الشهادات وأجمعوا على أن من شرط صحته أن يكون بحكم حاكم

(الفصل الرابع)

فأما اذا نكل الزوج فقال الجمهور انه يحد وقال أبو حنيفة انه لا يحد و يحبس وحجة الجمهور عموم قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات) الآية وهذا عام فى الاجنبى والزوج وقد جعل الالتعان للزوج مقام الشهود فوجب اذا نكل أن يكون بمنزلة من قذف ولم يكن له شهود أعنى انه يحد وما جاء أيضا من حديث ابن عمر وغيره فى قصة العجلانى من قوله عليه الصلاة والسلام ان قتلت قتلت وان نطقت جلدت وان سكت سكت على غيظ واحتج الفريق الثانى بان آية اللعان لم تتضمن ايجاب الحد عليه عند النكول والتعريض لا يجابه زيادة فى النص والزيادة عندهم نسخ والنسخ لا يجوز بالقياس ولا باخبار الآحاد قالوا أيضا لو وجب الحد لم ينفعه الالتعان ولا كان له تأثير فى اسقاطه لأن الالتعان يمين فلم يسقط به الحد عن الأجنبى فكذلك الزوج والحق ان الالتعان يمين مخصوصة فوجب أن يكون لها حكم مخصوص وقد نص على المرأة ان اليمين يدرأ عنها العذاب فالكلام فيما هو العذاب الذى يندرئ عنها باليمين وللاشتراك الذى فى اسم العذاب اختلفوا أيضا فى الواجب عليها اذا نكلت فقال الشافعى ومالك وأحمد والجمهور انها تحد وحدها الرجم ان كان دخل بها ووجدت فيها شروط الاحصان وان لم يكن دخل بها فالجلد وقال أبو حنيفة اذا نكلت وجب عليها

الحبس حتى تلاعن وحجته قوله عليه الصلاة والسلام لايحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث زنا بعد احصان أوكفر بعد ايمان أوقتل نفس بغير نفس وأيضا فان سفك الدم بالنكول حكم ترده الأصول فانه اذا كان كثير من الفقهاء لايوجبون غرم المال بالنكول فكان باحرى أن لايجب بذلك سفك الدماء و بالجملة فقاعدة الدماء مبناها فى الشرع على أنها لاتراق الا بالبينة العادلة أو بالاعتراف ومن الواجب ألا تخصص هذه القاعدة بالاسم المشترك فأبو حنيفة فى هذه المسئلة أولى بالصواب ان شاء الله وقد اعترف أبو المعالى فى كتابه البرهان بقوة أبى حنيفة فى هذه المسئلة وهو شافعى واتفقوا على انه اذا أكذب نفسه حد والحق به الولد ان كان نفى ولدا واختلفوا هل له أن يراجعها بعد اتفاق جمهورهم على ان الفرقة تجب باللعان اما بنفسه واما بحكم حاكم على مانقوله بعد فقال مالك والشافعى والثورى وداود وأحمد وجمهور فقهاء الامصار انهما لايجتمعان أبدا وان كذب نفسه وقال أبو حنيفة وجماعة اذا أكذب نفسه جلد الحد وكان خاطبا من الخطاب وقد قال قوم ترد اليه امرأته وحجة الفريق الأول قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لاسبيل لك عليها ولم يستثن فأطلق التحريم وحجة الفريق الثانى انه اذا أكذب نفسه فقد بطل حكم اللعان فكما يلحق به الولد كذلك ترد المرأة عليه وذلك ان السبب الموجب للتحريم انما هو الجهل بتعيين صدق أحدهما مع القطع بان أحدهما كاذب فاذا انكشف ارتفع التحريم

(الفصل الخامس)

فأما موجبات اللعان فان العلماء اختلفوا من ذلك فى مسائل منها هل تجب الفرقة أم لا وان وجبت فمتى تجب وهل تجب بنفس اللعان أم بحكم حاكم واذا وقعت فهل هى طلاق أوفسخ فذهب الجمهور الى أن الفرقة تقع باللعان لما اشتهر فى ذلك فى أحاديث اللعان من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بينهما وقال ابن شهاب فيما رواه مالك عنه فكانت تلك سنة المتلاعنين ولقوله صلى الله عليه وسلم لاسبيل لك عليها وقال عثمان البتى وطائفة من أهل البصرة لايعقب اللعان فرقة واحتجوا بان ذلك

حكم لم تتضمنه آية اللعان ولا هو صريح فى الاحاديث لأن فى الحديث المشهور انه طلقها بحضرة النبى صلى الله عليه وسلم فلم ينكر ذلك عليه وأيضا فان اللعان انما شرع لدرء حد القذف فلم يوجب تحريما تشبيها بالبينة وحجة الجهور انه قد وقع بينهما من التقاطع والتباغض والتهاتر وابطال حدود الله ماأوجب أن لا يجتمعا بعدها أبدا وذلك ان الزوجية مبناها على المودة والرحمة وهؤلاء قد عدموا ذلك كل العدم ولا أقل من أن تكون عقوبتهما الفرقة وبالجلة فالقبح الذى بينهما غاية القبح وأما متى تقع الفرقة فقال مالك والليث وجماعة انها تقع اذا فرغا جميعا من اللعان وقال الشافعى اذا أكمل الزوج لعانه وقعت الفرقة وقال أبو حنيفة لا تقع الا بحكم حاكم وبه قال الثورى وأحمد وحجة مالك على الشافعى حديث ابن عمر قال فرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المتلاعنين وقال حسابكما على الله أحدكما كاذب لا سبيل لك عليها وماروى انه لم يفرق بينهما الا بعد تمام اللعان وحجة الشافعى ان لعانها انما تدرأ به الحد عن نفسها فقط ولعان الرجل هو المؤثر فى نفى النسب فوجب ان كان للعان تأثير فى الفرقة أن يكون لعان الرجل تشبيها بالطلاق وحجتهما جميعا على أبى حنيفة أن النبى صلى الله عليه وسلم أخبرهما بوقوع الفرقة عند وقوع اللعان منهما فدل ذلك على ان اللعان هو سبب الفرقة وأما أبو حنيفة فيرى ان الفراق انما نفذ بينهما بحكمه وأمره صلى الله عليه وسلم بذلك حين قال لا سبيل لك عليها فرأى ان حكمه شرط فى وقوع الفرقة كما أن حكمه شرط فى صحة اللعان فسبب الخلاف بين من رأى انه تقع به فرقة وبين من لم يرذلك أن تفريق النبى صلى الله عليه وسلم بينهما ليس هو بيناف الحديث المشهور لأنه بادر بنفسه فطلق قبل أن يخبره بوجوب الفرقة والأصل ان لا فرقة الا بطلاق وانه ليس فى الشرع تحريم يتأبد أعنى متفقا عليه فمن غلب هذا الأصل على المفهوم لاحتماله نفى وجوب الفرقة (٧) قال بايجابها وأما سبب اختلاف من اشترط حكم الحاكم أو لم يشترطه فتردد هذا الحكم بين أن يغلب عليه شبه الاحكام التى يشترط فى صحتها حكم الحاكم أو التى لا يشترط ذلك فيها

(٧) هكذا الأصول ولعل فيه سقطا هكذا ومن قال بالمفهوم قال بايجابها تأمل اه مصححه

وأما المسئلة الرابعة وهى اذا قلنا ان الفرقة تقع فهل ذلك فسخ أو طلاق فان القائلين بالفرقة اختلفوا فى ذلك فقال مالك والشافعى هو فسخ وقال أبو حنيفة هو طلاق بائن وحجة مالك تأبيد التحريم به فاشبه ذات المحرم وأما أبو حنيفة فشبهها بالطلاق قياسا على فرقة العنين اذ كانت عنده بحكم حاكم

﴿ كتاب الاحداد ﴾

أجمع المسلمون على ان الاحداد واجب على النساء الحرائر المسلمات فى عدة الوفاة الا الحسن وحده واختلفوا فيما سوى ذلك من الزوجات وفيما سوى عدة الوفاة وفيما تمتنع الحادة منه مما لا تمتنع فقال مالك الاحداد على المسلمة والكتابية والصغيرة والكبيرة وأما الامة يموت عنها سيدها سواء كانت أم ولد أو لم تكن فلا احداد عليها عنده وبه قال فقهاء الامصار وخالف قول مالك المشهور فى الكتابية ابن نافع وأشهب ورو ياه عن مالك وبه قال الشافعى أعنى انه لا احداد على الكتابية وقال ابو حنيفة ليس على الصغيرة ولا على الكتابية احداد وقال قوم ليس على الامة المزوجة احداد وقد حكى ذلك عن أبى حنيفة فهذا هو اختلافهم المشهور فيمن عليه احداد من أصناف الزوجات ممن ليس عليه احداد وأما اختلافهم من قبل العدد فان مالكا قال لا احداد الا فى عدة الوفاة وقال أبو حنيفة والثورى الاحداد فى العدة من الطلاق البائن واجب وأما الشافعى فاستحسنه للمطلقة ولم يوجبه وأما الفصل الثالث وهو ما تمتنع الحادة منه مما لا تمتنع عنه فانها تمتنع عند الفقهاء بالجملة من الزينة الداعية الرجال الى النساء وذلك كالحلى والكحل الا مالم تكن فيه زينة ولباس الثياب المصبوغة الا السواد فانه لم يكره مالك لها لبس السواد ورخص كلهم فى الكحل عند الضرورة فبعضهم اشترط فيه مالم يكن فيه زينة وبعضهم لم يشترطه وبعضهم اشترط جعله بالليل دون النهار وبالجملة فأقاويل الفقهاء فيما تجتنب الحادة متقاربة وذلك ما يحرك الرجال بالجملة اليهن وانما صار الجمهور لايجاب الاحداد فى الجملة لثبوت السنة بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فنها حديث أم سلمة زوج النبى عليه الصلاة والسلام ان امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ان ابنتى توفى عنها زوجها وقد اشتكت عينها أفتكتحلهما

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين أو ثلاثا كل ذلك يقول لها لا ثم قال انما
هي أربعة أشهر وعشر وقد كانت احداكن ترمي بالبعرة على رأس الحول وقال
أبو محمد فعلى هذا الحديث يجب التعويل على القول بايجاب الاحداد وأما حديث
أم حبيبة حين دعت بالطيب فمسحت به عارضيها ثم قالت والله مالي به من حاجة غير اني
سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامرأة مؤمنة تؤمن بالله واليوم
الآخر تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج أربعة أشهر وعشرا فليس فيه حجة
لانه استثناء من حظر فهو يقتضي الاباحة دون الايجاب وكذلك حديث زينب
بنت جحش قال القاضي وفي الامر اذا ورد بعد الحظر خلاف بين المتكلمين أعني هل
يقتضي الوجوب أو الاباحة وسبب الخلاف بين من أوجبه على المسلمة دون الكافرة
ان من رأى ان الاحداد عبادة لم يلزمه الكافرة ومن رأى انه معنى معقول وهو
تشوف الرجال اليها وهي الى الرجال سوى بين الكافرة والمسلمة ومن راعى تشوف
الرجال دون تشوف النساء فرق بين الصغيرة والكبيرة اذا كانت الصغيرة لا يتشوف
الرجال اليها ومن حجة من أوجبه على المسلمات دون الكافرات قوله عليه
الصلاة والسلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد الا على زوج
قال وشرطه الايمان في الاحداد يقتضي انه عبادة وأما من فرق بين الامة والحرة
وكذلك الكتابية فلانه زعم ان عدة الوفاة أوجبت شيئين باتفاق احداهما
الاحداد والثاني ترك الخروج فلما سقط ترك الخروج عن الامة بتبذلها والحاجة
الى استخدامها سقط عنها منع الزينة وأما اختلافهم في المكاتبة فمن قبل ترددها بين
الحرة والامة وأما الامة بملك اليمين وأم الولد فانما صار الجمهور الى اسقاط الاحداد
عنها لقوله عليه الصلاة والسلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد الا على
زوج فعلم بدليل الخطاب ان من عدا ذات الزوج لا يجب عليها احداد ومن أوجبه
على المتوفى عنها زوجها دون المطلقة فتعلق بالظاهر المنطوق به ومن ألحق المطلقات
بهن فمن طريق المعنى وذلك انه يظهر من معنى الاحداد ان المقصود به أن لا تتشوف
اليها الرجال في العدة ولا تتشوف هي اليهم وذلك سد للذريعة لمكان حفظ
الانساب والله أعلم كمل كتاب الطلاق والحمد لله على آلائه والشكر على نعمه و يتلوه

كتاب البيوع ان شاء الله تعالى

(كتاب البيوع)

الكلام فى البيوع ينحصر فى خمس جمل فى معرفة أنواعها وفى معرفة شروط الصحة فى واحد واحد منها وفى معرفة شروط الفساد وفى معرفة أحكام البيوع الصحيحة وفى معرفة أحكام البيوع الفاسدة فنحن نذكر أنواع البيوع المطلقة ثم نذكر شروط الفساد والصحة فى واحد واحد منها وأحكام بيوع الصحة وأحكام البيوع الفاسدة ولما كانت أسباب الفساد والصحة فى البيوع منها عامة لجميع أنواع البيوع أولا كثرها ومنها خاصة وكذلك الامر فى أحكام الصحة والفساد اقتضى النظر الصناعى ان نذكر المشترك من هذه الاصناف الاربعة أعنى العام من أسباب الفساد وأسباب الصحة وأحكام الصحة وأحكام الفساد لجميع البيوع ثم نذكر الخاص من هذه الاربعة بواحد واحد من البيوع فينقسم هذا الكتاب باضطرار الى ستة أجزاء الجزء الاول تعرف فيه أنواع البيوع المطلقة الثانى تعرف فيه أسباب الفساد العامة فى البيوع المطلقة أيضا أعنى فى كلها أو أكثرها اذ كانت أعرف من أسباب الصحة الثالث تعرف فيه أسباب الصحة فى البيوع المطلقة أيضا الرابع نذكر فيه أحكام البيوع الصحيحة أعنى الاحكام المشتركة لكل البيوع الصحيحة أو لأكثرها الخامس نذكر فيه أحكام البيوع الفاسدة المشتركة أعنى اذا وقعت السادس نذكر فيه نوعا نوعا من البيوع بما يخصه من الصحة والفساد وأحكامهما

﴿الجزء الاول﴾ ان كل معاملة وجدت بين اثنين فلا يخلو أن تكون عينا بعين أو عينا بشئ فى الذمة أو ذمة بذمة وكل واحد من هذه الثلاث اما نسيئة واما ناجز وكل واحد من هذه أيضا اما ناجز من الطرفين واما نسيئة من الطرفين واما ناجز من الطرف الواحد نسيئة من الطرف الآخر فتكون أنواع البيوع تسعة فأما النسيئة من الطرفين فلا يجوز باجماع لا فى العين ولا فى الذمة لانه الدين بالدين المنهى عنه وأسماء هذه البيوع منها ما يكون من قبل صفة العقد وحال العقد ومنها ما يكون من قبل صفة العين المبيعة وذلك انها اذا كانت عينا بعين فلا تخلو أن تكون ثمنا

بمثمون أوثمنا بثمن فان كانت ثمنا بثمن سمي صرفا وان كانت ثمنا بمثمون سمي بيعا مطلقا وكذلك مثمونا بمثمون على الشروط التى تقال بعد وان كان عينا بذمة سمي سلما وان كان على الخيار سمي بيع خيار وان كان على المرابحة سمي بيع مرابحة وان كان على المزايدة سمي بيع مزايدة

﴿ الجزء الثانى ﴾ واذا اعتبرت الاسباب التى من قبلها وردالنهى الشرعى فى البيوع وهى أسباب الفساد العامة وجدت أربعة أحدها تحريم عين المبيع والثانى الربا والثالث الغرر والرابع الشروط التى تؤل الى أحد هذين أو لمجموعهما وهذه الاربعة هى بالحقيقة أصول الفساد وذلك ان النهى انما تعلق فيها بالبيع من جهة ماهو بيع لا لامر من خارج وأما التى وردالنهى فيها لاسباب من خارج فمنها الغش ومنها الضرر ومنها لمكان الوقت المستحق بما هو أهم منه ومنها لانها محرمة البيع ففى هذا الجزء أبواب

(الباب الاول فى الاعيان المحرمة البيع)

وهذه على ضربين نجاسات وغير نجاسات فأما بيع النجاسات فالاصل فى تحريمها حديث جابر ثبت فى الصحيحين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله ورسوله حرما بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام فقيل يارسول الله أرأيت شحوم الميتة فانه يطلى بها السفن و يستصبح بها فقال لعن الله اليهود حرمت الشحوم عليهم فباعوها وأكلوا أثمانها وقال فى الخمر ان الذى حرم شربها حرم بيعها والنجاسات على ضربين ضرب اتفق المسلمون على تحريم بيعها وهى الخمر وانها نجسة الاخلافا شاذا فى الخمر أعنى فى كونها نجسة والميتة بجميع أجزائها التى تقبل الحياة وكذلك الخنزير بجميع أجزائه التى تقبل الحياة واختلف فى الانتفاع بشعره فأجازه ابن القاسم ومنعه أصبغ وأما القسم الثانى وهى النجاسات التى تدعو الضرورة الى استعمالها كالرجيع والزبل الذى يتخذ فى البساتين فاختلف فى بيعها فى المذهب فقيل بمنعها مطلقا وقيل باجازتها مطلقا وقيل بالفرق بين العذرة والزبل أعنى اباحة الزبل ومنع العذرة واختلفوا فيما يتخذ من أنياب الفيل لاختلافهم هل هو نجس أم لا فمن رأى انه ناب جعله ميتة ومن رأى انه قرن معكوس

جعل حكمه حكم القرن والخلاف فيه فى المذهب وأما ما حرم بيعه مما ليس بنجس أو مختلف فى نجاسته فيها الكلب والسنور أما الكلب فاختلفوا فى بيعه فقال الشافعى لا يجوز بيع الكلب أصلا وقال أبو حنيفة يجوز ذلك وفرق أصحاب مالك بين كلب الماشية والزرع المأذون فى اتخاذه وبين ما لا يجوز اتخاذه فاتفقوا على أن ما لا يجوز اتخاذه لا يجوز بيعه للانتفاع به وامساكه فأما من أراده للاكل فاختلفوا فيه فمن أجاز أكله أجاز بيعه ومن لم يجزه على رواية ابن حبيب لم يجز بيعه واختلفوا أيضا فى المأذون فى اتخاذه فقيل هو حرام وقيل مكروه فأما الشافعى فعمدته شيئان أحدهما ثبوت النهى الوارد عن ثمن الكلب عن النبى صلى الله عليه وسلم والثانى أن الكلب عنده نجس العين كالخنزير وقد ذكرنا دليله فى ذلك فى كتاب الطهارة وأما من أجازه فعمدته أنه طاهر العين غير محرم الاكل فجاز بيعه كالاشياء الطاهرة العين وقد تقدم أيضا فى كتاب الطهارة استدلال من رأى انه طاهر العين وفى كتاب الاطعمة استدلال من رأى انه حلال ومن فرق أيضا فعمدته أنه غير مباح الاكل ولا مباح الانتفاع به الا ما استثناه الحديث من كلب الماشية أو كلب الزرع وما فى معناه ورويت أحاديث غير مشهورة اقترن فيها بالنهى عن ثمن الكلب استثناء أثمان الكلاب المباحة الاتخاذ وأما النهى عن ثمن السنور فثابت ولكن الجمهور على اباحته لانه طاهر العين مباح المنافع فسبب اختلافهم فى الكلاب تعارض الادلة ومن هذا الباب اختلافهم فى بيع الزيت النجس وما ضارعه بعد اتفاقهم على تحريم أكله فقال مالك لا يجوز بيع الزيت النجس وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة يجوز اذا بين وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك وحجة من حرمه حديث جابر المتقدم أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول ان الله ورسوله حرما الخمر والميتة والخنزير وعمدة من أجازه انه اذا كان فى الشئ أكثر من منفعة واحدة وحرم منه واحدة من تلك المنافع انه ليس يلزمه ان يحرم منه سائر المنافع ولاسيما اذا كانت الحاجة الى المنفعة غير المحرمة كالحاجة الى المحرمة فاذا كان الاصل هذا يخرج منه الخمر والميتة والخنزير وبقيت سائر محرمات الاكل على الاباحة أعنى انه ان كان فيها منافع سوى الاكل فبيعت لهذا جاز ورووا عن على

وابن عباس وابن عمر انهم أجازوا بيع الزيت النجس ليستصبح به وفى مذهب مالك جواز الاستصباح به وعمل الصابون مع تحريم بيعه وأجاز ذلك الشافعى أيضا مع تحريم ثمنه وهذا كله ضعيف وقد قيل ان فى المذهب رواية أخرى تمنع الاستصباح به وهو ألزم للاصل أعنى لتحريم البيع واختلف أيضا فى المذهب فى غسله وطبخه هل هو مؤثر فى عين النجاسة ومزيل لها على قولين أحدهما جواز ذلك والآخر منعه وهما مبنيان على أن الزيت اذا خالطته النجاسة هل نجاسته نجاسة عين أو نجاسة مجاورة فمن رآه نجاسة مجاورة طهره عنده الغسل والطبخ ومن رآه نجاسة عين لم يطهره عنده الطبخ والغسل * ومن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب اختلافهم فى جواز بيع لبن الآدمية اذا حلب فمالك والشافعى يجوزانه وأبو حنيفة لا يجوزه وعمدة من أجاز بيعه انه لبن أبيح شربه فأبيح بيعه قياسا على لبن سائر الانعام وأبو حنيفة يرى أن تحليله انما هو لمكان ضرورة الطفل اليه وأنه فى الاصل محرم اذ لحم ابن آدم محرم والاصل عندهم ان الالبان تابعة للحوم فقالوا فى قياسهم هكذا الانسان حيوان لا يؤكل لحمه فلم يجز بيع لبنه أصله لبن الخنزير والاتان فسبب اختلافهم فى هذا الباب تعارض أقيسة الشبه وفروع هذا الباب كثيرة وانما نذكر من المسائل فى كل باب المشهور ليجرى ذلك مجرى الاصول

(الباب الثانى فى بيوع الربا)

واتفق العلماء على أن الربا يوجد فى شيئين فى البيع وفيما تقرر فى الذمة من بيع أو سلف أو غير ذلك فأما الربا فيما تقرر فى الذمة فهو صنفان صنف متفق عليه وهو ربا الجاهلية الذى نهى عنه وذلك أنهم كانوا يسلفون بالزيادة و ينظرون فكانوا يقولون انظرنى أزدك وهذا هو الذى عناه عليه الصلاة والسلام بقوله فى حجة الوداع ألا وان ربا الجاهلية موضوع وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب والثانى ضع وتعجل وهو مختلف فيه وسنذكره بعد وأما الربا فى البيع فان العلماء أجمعوا على أنه صنفان نسيئة وتفاضل الا ما روى عن ابن عباس من انكاره الربا فى التفاضل لما رواه عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا ربا الا فى النسيئة وانما صار جمهور

الفقهاء الى أن الربا فى هذين النوعين لثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم والكلام فى الربا ينحصر فى أربعة فصول الفصل الاول فى معرفة الاشياء التى لا يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء وتبيين علة ذلك الثانى فى معرفة الاشياء التى يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء الثالث فى معرفة ما يجوز فيه الامران جميعا الرابع فى معرفة ما يعد صنفا واحدا مما لا يعد صنفا واحدا

(الفصل الاول)

فنقول أجمع العلماء على أن التفاضل والنساء مما لا يجوز واحد منهما فى الصنف الواحد من الاصناف التى نص عليها فى حديث عبادة بن الصامت الاما حكى عن ابن عباس وحديث عبادة هو قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح الا سواء بسواء عينا بعين فمن زاد أو ازداد فقد أربى فهذا الحديث نص فى منع التفاضل فى الصنف الواحد من هذه الاعيان وأما منع النسيئة فيها فثابت من غير ما حديث أشهرها حديث عمر بن الخطاب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب ربا الاهاء وهاء والبر بالبر ربا الاهاء وهاء والتمر بالتمر ربا الاهاء وهاء والشعير بالشعير ربا الاهاء وهاء فتضمن حديث عبادة منع التفاضل فى الصنف الواحد وتضمن أيضا حديث عبادة منع النساء فى الصنفين من هذه واباحة التفاضل وذلك فى بعض الروايات الصحيحة وذلك أن فيها بعد ذكره منع التفاضل فى تلك الستة وبيعوا الذهب بالورق كيف شئتم يدا بيد والبر بالشعير كيف شئتم يدا بيد وهذا كله متفق عليه من الفقهاء الا البر بالشعير واختلفوا فيما سوى هذه الستة المنصوص عليها فقال قوم منهم أهل الظاهر انما يمتنع التفاضل فى صنف صنف من هذه الاصناف الستة فقط وأن ما عداها لا يمتنع فى الصنف الواحد منها التفاضل وقال هؤلاء أيضا ان النساء ممتنع فى هذه الستة فقط اتفقت الاصناف أو اختلفت وهذا أمر متفق عليه أعنى امتناع النساء فيها مع اختلاف الاصناف الاما حكى عن ابن علية انه قال اذا اختلف الصنفان جاز التفاضل والنسيئة ماعدا الذهب والفضة فهؤلاء جعلوا النهى المتعلق باعيان هذه الستة من باب الخاص أريد به الخاص

وأما الجمهور من فقهاء الامصار فانهـم اتفقوا على انه من باب الخاص أريد به العام واختلفوا فى المعنى العام الذى وقع التنبيه عليـه بهذه الاصـناف أعنى فى مفهوم علة التفاضل ومنع النساء فيها فالذى استقر عليه حذاق المالكية أن سبب منع التفاضل أما فى الاربعة فالصنف الواحد من المدخر المقتات وقد قيل الصنف الواحد المدخر وان لم يكن مقتاتا ومن شرط الادخار عندهم أن يكون فى الاكثر وقال بعض أصحابه الربا فى الصـنف المدخر وان كان نادر الادخار وأما العلة عنـدهم فى منع التفاضل فى الذهب والفضة فهو الصنف الواحد أيضا مع كونهما رؤسا للاثمان وقيما للمتلفات وهذه العلة هى التى تعرف عنـدهم بالقاصرة لانها ليست موجودة عندهم فى غـير الذهب والفضة وأما علة منع النساء عند المالـكية فى الاربعة المنصوص عليها فهو الطعم والادخار دون اتفاق الصنف ولذلك اذا اختلفت أصنافها جاز عندهم التفاضل دون النسيئة ولذلك يجوز التفاضل عندهم فى المطعومات التى ليست مدخرة أعنى فى الصـنف الواحد منها ولا يجوز النساء أما جواز التفاضل فلـكونها ليست مدخرة وقد قيل ان الادخار شرط فى تحريم التفاضل فى الصـنف الواحد وأما منع النساء فيها فلـكونها مطعومة مدخرة وقد قلنا ان الطعم باطلاق عـلة لمنع النساء فى المطعومات وأما الشافعية فعـلة منع التفاضل عندهم فى هـذه الاربعة هو الطعم فقط مع اتفاق الصـنف الواحد وأما علة النساء فالطعم دون اعتبار الصنف مثل قول مالك وأما الحنفية فعلة منع التفاضـل عندهم فى السـتة واحدة وهو الـكيل أو الوزن مع اتفاق الصنف وعلة النساء فيها اختلاف الصنف ماعدا النحاس والذهب فان الاجماع انعقد على انه يجوز فيها النساء ووافق الشافعى مالـكا فى علة منع التفاضـل والنساء فى الذهب والفضـة أعنى أن كونهما رؤسا للاثمـان وقيما للمتلفات هو عندهم علة منع النسيئة اذا اختلف الصنف فاذا اتفقا منع التفاضل والحنفية تعتبر فى المـكيل قدرا يتأتى فيه الـكيل وسيأتى أحكام الدنانير والدراهم بما يخصـها فى كتاب الصرف وأما ههنا فالمقصود هو تبيين مذاهب الفقهاء فى علل الربا المطلق فى هذه الاشـياء وذكر عمدة دليـل كل فريـق منهم فنقول ان الذين قصروا صنف الربا على هذه الاصـناف الستة فهم أحد صنفين اما قوم نفوا القياس فى الشرع أعنى استنباط العلل من الالفاظ وهم الظاهرية

واما قوم نفوا قياس الشبه وذلك أن جميع من ألحق المسكوت ههنا بالمنطوق به فانما ألحقه بقياس الشبه لا بقياس العلة الا ما حكى عن ابن الماجشون انه اعتبر فى ذلك المالية وقال علة منع الربا انما هى حياطة الاموال يريد منع الغبن وأما القاضى أبو بكر الباقلانى فلما كان قياس الشبه عنده ضعيفا وكان قياس المعنى عنده أقوى منه اعتبر فى هذا الموضع قياس المعنى اذ لم يتأت له قياس علة فالحق الزبيب فقط بهذه الاصناف الاربعة لانه زعم انه فى معنى التمر ولكل واحد من هؤلاء أعنى من القائسين دليل فى استنباط الشبه الذى اعتبره فى الحاق المسكوت عنه بالمنطوق به من هذه الاربعة أما الشافعية فانهم قالوا فى تثبيت علتهم الشبهية ان الحكم اذا علق باسم مشتق دل على ان ذلك المعنى الذى اشتق منه الاسم هو علة الحكم مثل قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) فلما علق الحكم بالاسم المشتق وهو السارق علم ان الحكم متعلق بنفس السرقة قالوا واذا كان هذا هكذا وكان قد جاء من حديث سعيد ابن عبد الله انه قال كنت أسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الطعام بالطعام مثلا بمثل فمن البين ان الطعم هو الذى علق به الحكم وأما المالكية فانها زادت على الطعم اما صفة واحدة وهو الادخار على ما فى الموطأ واما صفتين وهو الادخار والاقتيات على ما اختاره البغداديون وتمسكت فى استنباط هذه العلة بأنه لو كان المقصود الطعم وحده لاكتفى بالتنبيه على ذلك بالنص على واحد من تلك الاربعة الاصناف المذكورة فلما ذكر منها عددا علم انه قصد بكل واحد منها التنبيه على ما فى معناه وهى كلها يجمعها الاقتيات والادخار أما البر والشعير فنبه بهما على أصناف الحبوب المدخرة ونبه بالتمر على جميع أنواع الحلاوات المدخرة كالسكر والعسل والزبيب ونبه بالملح على جميع التوابل المدخرة لاصلاح الطعام وأيضا فانهم قالوا لما كان معقول المعنى فى الربا انما هو أن لا يغبن بعض الناس بعضا وان تحفظ أموالهم فواجب أن يكون ذلك فى أصول المعايش وهى الاقوات وأما الحنفية فعمدتهم فى اعتبار المكيل والموزون انه صلى الله عليه وسلم لما علق التحليل باتفاق الصنف واتفاق القدر وعلق التحريم باتفاق الصنف واختلاف القدر فى قوله صلى الله عليه وسلم لعامله بخيبر من حديث أبى سعيد وغيره الا كيلا بكيل يدا بيد رأوا أن التقدير أعنى الكيل أو الوزن هو

المؤثر فى الحكم كتأثير الصنف وربما احتجوا باحاديث ليست مشهورة فيها تنبيه قوى على اعتبار الكيل أوالوزن منها انهم رووافى بعض الاحاديث المتضمنة المسميات المنصوص عليها فى حديث عبادة زيادة وهى كذلك مايكال ويوزن وفى بعضها وكذلك المكيال والميزان هذا نص لوصحت الاحاديث ولكن اذاتؤمل الامر من طريق المعنى ظهر والله أعلم ان علتهم أولى العلل وذلك انه يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا انما هو لمكان الغبن الكثير الذى فيه وان العدل فى المعاملات انما هو مقاربة التساوى ولذلك لما عسر ادراك التساوى فى الاشياء المختلفة الذوات جعل الدينار والدرهم لتقويمها أعنى تقديرها ولما كانت الاشياء المختلفة الذوات أعنى غير الموزونة والمكيلة العدل فيها انما هو فى وجود النسبة أعنى أن تكون نسبة قيمة أحد الشيئين الى جنسه نسبة قيمة الشئ الآخر الى جنسه مثال ذلك أن العدل اذا باع انسان فرسا بثياب هو أن تكون نسبة قيمة ذلك الفرس الى الافراس هى نسبة قيمة ذلك الثوب الى الثياب فان كان ذلك الفرس قيمته خمسون فيجب أن تكون تلك الثياب قيمتها خمسون فليكن مثلا الذى يساوى هذا القدر عددها هو عشرة أثواب فاذا اختلاف هذه المبيعات بعضها ببعض فى العدد واجب فى المعاملة العدلة أعنى أن يكون عديل فرس عشرة أثواب فى المثل وأما الاشياء المكيلة والموزونة فلما كانت ليست تختلف كل الاختلاف وكانت منافعها متقاربة ولم تكن حاجة ضرورية لمن كان عنده منها صنف أن يستبدله بذلك الصنف بعينه الا على جهة الصرف كان العدل فى هذه انما هو بوجود التساوى فى الكيل أو الوزن اذ كانت لا تتفاوت فى المنافع وأيضا فان منع التفاضل فى هذه الاشياء يوجب ان لا يقع فيها تعامل لكون منافعها غير مختلفة والتعامل انما يضطر اليه فى المنافع المختلفة فاذا منع التفاضل فى هذه الاشياء أعنى المكيلة والموزونة علتان احداهما وجود العدل فيها والثانى منع المعاملة اذ كانت المعاملة بها من باب الصرف وأما الدينار والدرهم فعلة المنع فيها أظهر اذ كانت هذه ليس المقصود منها الربح وانما المقصود بها تقدير الاشياء التى لها منافع ضرورية وروى مالك عن سعيد ابن المسيب انه كان يعتبر فى علة الربا فى هذه الاصناف الكيل والطعم وهو معنى جيد

لكون الطعم ضروريا فى أقوات الناس فانه يشبه أن يكون حفظ العين وحفظ السرف فيما هو قوت أهم منه فيما ليس هو قوتا وقد روى عن بعض التابعين أنه اعتبر فى الربا الاجناس التى تجب فيها الزكاة وعن بعضهم الانتفاع مطلقا أعنى المالية وهو مذهب ابن الماجشون

(الفصل الثانى)

فيجب من هذا أن تكون علة امتناع النسيئة فى الربويات هى الطعم عند مالك والشافعى وأما فى غير الربويات مما ليس بطعوم فان علة منع النسيئة فيه عند مالك هو الصنف الواحد المتفق المنافع مع التفاضل وليس عند الشافعى نسيئة فى غير الربويات وأما أبو حنيفة فعلة منع النساء عنده هو الكيل فى الربويات وفى غير الربويات الصنف الواحد متفاضلا كان أو غير متفاضل وقد يظهر من ابن القاسم عن مالك انه يمنع النسيئة فى هذه لانه عنده من باب السلف الذى يجر منفعة

(الفصل الثالث)

وأما ما يجوز فيه الأمران جميعا أعنى التفاضل والنساء فما لم يكن ربويا عند الشافعى وأما عند مالك فما لم يكن ربويا ولا كان صنفا واحدا متماثلا أو صنفا واحدا باطلاق على مذهب أبى حنيفة ومالك يعتبر فى الصنف المؤثر فى التفاضل فى الربويات وفى النساء فى غير الربويات اتفاق المنافع واختلافها فاذا اختلفت جعلها صنفين وان كان الاسم واحدا وأبو حنيفة يعتبر الاسم وكذلك الشافعى وان كان الشافعى ليس الصنف عنده مؤثرا الا فى الربويات فقط أعنى انه يمنع التفاضل فيه وليس هو عنده علة للنساء أصلا فهذا هو تحصيل مذاهب هؤلاء الفقهاء الثلاثة فى هذه الفصول الثلاث فأما الاشياء التى لا تجوز فيها النسيئة فانها قسمان منها ما لا يجوز فيها التفاضل وقد تقدم ذكرها ومنها ما يجوز فيها التفاضل فأما الأشياء التى لا يجوز فيها التفاضل فعلة امتناع النسيئة فيها هو الطعم عند مالك وعند الشافعى الطعم فقط وعند أبى حنيفة مطعومات الكيل والوزن فاذا اقترن بالطعم اتفاق الصنف حرم التفاضل عند الشافعى واذا اقترن وصف ثالث وهو الادخار حرم التفاضل عند مالك واذا اختلف الصنف

جاز التفاضل وحرمت النسيئة وأما الاشياء التي ليس يحرم التفاضل فيها عند مالك فانها صنفان اما مطعومة واما غير مطعومة فاما المطعومة فالنساء عنده لا يجوز فيها وعلة المنع الطعم وأما غير المطعومة فانه لا يجوز فيها النساء عنده فيما اتفقت منافعه مع التفاضل فلا يجوز عنده شاة واحدة بشاتين الى أجل الا أن تكون احداهما حلوبة والأخرى أكولة هذا هو المشهور عنه وقد قيل انه يعتبر اتفاق المنافع دون التفاضل فعلى هذا لا يجوز عنده شاة حلوبة بشاة حلوبة الى أجل فاما اذا اختلفت المنافع فالتفاضل والنسيئة عنده جائزان وان كان الصنف واحدا وقيل يعتبر اتفاق الأسماء مع اتفاق المنافع والأشهر أن لا يعتبر وقد قيل يعتبر وأما أبو حنيفة فالمعتبر عنده في منع النساء ما عدا التي لا يجوز عنده فيها التفاضل هو اتفاق الصنف اتفقت المنافع أو اختلفت فلا يجوز عنده شاة بشاة ولا بشاتين نسيئة وان اختلفت منافعها وأما الشافعي فكل ما لا يجوز التفاضل عنده في الصنف الواحد يجوز فيه النساء فيجيز شاة بشاتين نسيئة ونقدا وكذلك شاة بشاة ودليل الشافعي حديث عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يأخذ في قلائص الصدقة البعير بالبعيرين الى الصدقة قالوا فهذا التفاضل في الجنس الواحد مع النساء وأما الحنفية فاحتجت بحديث الحسن عن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان قالوا وهذا يدل على تأثير الجنس على الانفراد في النسيئة وأما مالك فعمدته في مراعاة منع النساء عند اتفاق الاغراض سد الذريعة وذلك أنه لا فائدة في ذلك الا أن يكون من باب سلف يجر نفعا وهو يحرم وقد قيل عنه انه أصل بنفسه وقد قيل عن الكوفيين أنه لا يجوز بيع الحيوان بالحيوان نسيئة اختلف الجنس أو اتفق على ظاهر حديث سمرة فكأن الشافعي ذهب مذهب الترجيح لحديث عمرو بن العاص والحنفية لحديث سمرة مع التأويل له لأن ظاهره يقتضي أن لا يجوز الحيوان بالحيوان نسيئة اتفق الجنس أو اختلف وكأن مالكا ذهب مذهب الجمع فحمل حديث سمرة على اتفاق الاغراض وحديث عمرو بن العاص على اختلافها وسماع الحسن من سمرة مختلف فيه ولكن صححه الترمذي ويشهد لمالك ما رواه الترمذي عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحيوان اثنان بواحد لا يصلح النساء ولا بأس به يدا بيد وقال

ابن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى عبدا بعبدين أسودين واشترى جارية بسبعة أرؤس وعلى هذا الحديث يكون بيع الحيوان بالحيوان يشبه أن يكون أصلا بنفسه لامن قبل سد ذريعة واختلفوا فيما لا يجوز بيعه نساء هل من شرطه التقابض فى المجلس قبل الافتراق فى سائر الربويات بعد اتفاقهم فى اشتراط ذلك فى المصارفة لقوله عليه الصلاة والسلام لا تبيعوا منها غائبا بناجز فمن شرط فيها التقابض فى المجلس شبهها بالصرف ومن لم يشترط ذلك قال ان القبض قبل التفرق ليس شرطا فى البيوع الا ما قام الدليل عليه ولما قام الدليل على الصرف فقط بقيت سائر الربويات على الأصل

(الفصل الرابع)

واختلفوا من هذا الباب فيما يعد صنفا واحدا وهو المؤثر فى التفاضل مما لا يعد صنفا واحدا وفى مسائل كثيرة لكن نذكر منها أشهرها وكذلك اختلفوا فى صفات الصنف الواحد المؤثر فى التفاضل هل من شرطه أن لا يختلف بالجودة والرداءة ولا باليبس والرطوبة فاما اختلافهم فيما يعد صنفا واحدا مما لا يعد صنفا واحدا فمن ذلك القمح والشعير صار قوم الى أنهما صنف واحد وصار آخرون الى أنهما صنفان فبالاوّل قال مالك والاوزاعى وحكاه مالك فى الموطأ عن سعيد بن المسيب وبالثانى قال الشافعى وأبو حنيفة وعمدتهما السماع والقياس أما السماع فقوله صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا البر بالبر والشعير بالشعير الا مثلا بمثل فجعلهما صنفين وأيضا فان فى بعض طرق حديث عبادة بن الصامت وبيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم والبر بالشعير كيف شئتم والملح بالتمر كيف شئتم يدا بيد ذكره عبد الرزاق ووكيع عن الثورى وصحح هذه الزيادة الترمذى وأما القياس فلانهما شيآن اختلفت أسماؤهما ومنافعهما فوجب أن يكونا صنفين أصله الفضة والذهب وسائر الأشياء المختلفة فى الاسم والمنفعة وأما عمدة مالك فانه عمل سلفه بالمدينة وأما أصحابه فاعتمدوا فى ذلك أيضا السماع والقياس أما السماع فما روى أن النبى عليه الصلاة والسلام قال الطعام بالطعام مثلا بمثل فقالوا اسم الطعام يتناول البر والشعير وهذا ضعيف فان هذا عام تفسره الأحاديث الصحيحة

وأما من طريق القياس فانهم عددوا كثيرا من اتفاقهما فى المنافع والمتفقة المنافع لا يجوز التفاضل فيها باتفاق والسلت عند مالك والشعير صنف واحد وأما القطنية فانها عنده صنف واحد فى الزكاة وعنه فى البيوع روايتان احداهما أنها صنف واحد والأخرى انها أصناف وسبب الخلاف تعارض اتفاق المنافع فيها واختلافها فمن غلب الاتفاق قال صنف واحد ومن غلب الاختلاف قال صنفان أو أصناف والأرز والدخن والجاورس عنده صنف واحد ﴿مسئلة﴾ واختلفوا من هذا الباب فى الصنف الواحد من اللحم الذى لا يجوز فيه التفاضل فقال مالك اللحوم ثلاثة أصناف فلحم ذوات الأربع صنف ولحم ذوات الماء صنف ولحم الطير كله صنف واحد أيضا وهذه الثلاثة الأصناف مختلفة يجوز فيها التفاضل وقال أبو حنيفة كل واحد من هذه هو أنواع كثيرة والتفاضل فيه جائز الا فى النوع الواحد بعينه وللشافعى قولان أحدهما مثل قول أبى حنيفة والآخر أن جميعها صنف واحد وأبو حنيفة يجيز لحم الغنم بالبقر متفاضلا ومالك لا يجيزه والشافعى لا يجيز بيع لحم الطير بلحم الغنم متفاضلا ومالك يجيزه وعمدة الشافعى قوله عليه الصلاة والسلام الطعام بالطعام مثلا بمثل ولانها اذا فارقتها الحياة زالت الصفات التى كانت بها تختلف و يتناولها اسم اللحم تناولا واحدا وعمدة المالكية ان هذه أجناس مختلفة فوجب أن يكون لحمها مختلفا والحنفية تعتبر الاختلاف الذى فى الجنس الواحد من هذه وتقول ان الاختلاف الذى بين الانواع التى فى الحيوان أعنى فى الجنس الواحد منه كأنك قلت الطائر هو وزان الاختلاف الذى بين التمر والبر والشعير و بالجملة فكل طائفة تدعى ان وزان الاختلاف الذى بين الاشياء المنصوص عليها هو الاختلاف الذى تراه فى اللحم والحنفية أقوى من جهة المعنى لأن تحريم التفاضل انما هو عند اتفاق المنفعة ﴿مسئلة﴾ واختلفوا من هذا الباب فى بيع الحيوان بالميت على ثلاثة أقوال قول انه لا يجوز باطلاق وهو قول الشافعى والليث وقول انه يجوز فى الاجناس المختلفة التى يجوز فيها التفاضل ولا يجوز ذلك فى المتفقة أعنى الربوية لمكان الجهل الذى فيها من طريق التفاضل وذلك فى التى المقصود منها الأكل وهو قول مالك فلا يجوز شاة مذبوحة بشاة تراد للاكل وذلك عنده فى الحيوان المأكول حتى انه لا يجيز

الحي بالحي اذا كان المقصود الأكل من أحدهما فهي عنده من هذا الباب أعني أن امتناع ذلك عنده من جهة الربا والمزابنة وقول ثالث انه يجوز مطلقا وبه قال أبو حنيفة وسبب الخلاف معارضة الأصول في هذا الباب لمرسل سعيد بن المسيب وذلك أن مالكا روى عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللحم فمن لم تنقدح عنده معارضة هذا الحديث لاصل من أصول البيوع التي توجب التحريم قال به ومن رأى ان الاصول معارضة له وجب عليه أحد أمرين اما أن يغلب الحديث فيجعله أصلا زائدا بنفسه أو يرده لمكان معارضة الاصول له فالشافعي غلب الحديث وأبو حنيفة غلب الاصول ومالك رده الى أصوله في البيوع فجعل البيع فيه من باب الربا أعني بيع الشيء الربوي بأصله مثل بيع الزيت بالزيتون وسيأتي الكلام على هذا الاصل فانه الذي يعرفه الفقهاء بالمزابنة وهي داخلة في الربا بجهة وفي الغرر بجهة وذلك انها ممنوعة في الربويات من جهة الربا والغرر وفي غير الربويات من جهة الغرر فقط الذي سببه الجهل بالخارج عن الاصل

﴿مسئلة﴾ ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الدقيق بالحنطة مثلا بمثل فالأشهر عن عن مالك جوازه وهو قول مالك في موطئه وروى عنه انه لا يجوز وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وابن الماجشون من أصحاب مالك وقال بعض أصحاب مالك ليس هو اختلافا من قوله وانما رواية المنع اذا كان اعتبار المثلية بالكيل لأن الطعام اذا صار دقيقا اختلف كيله ورواية الجواز اذا كان الاعتبار بالوزن وأما أبو حنيفة فالمنع عنده في ذلك من قبل ان أحدهما مكيل والآخر موزون ومالك يعتبر الكيل أو الوزن فيما جرت العادة ان يكال أو يوزن والعدد فيما لا يكال ولا يوزن واختلفوا من هذا الباب فيما تدخله الصنعة مما أصله منع الربا فيه مثل الخبز بالخبز فقال أبو حنيفة لا بأس ببيع ذلك متفاضلا ومتماثلا لأنه قد خرج بالصنعة عن الجنس الذي فيه الربا وقال الشافعي لا يجوز متماثلا فضلا عن متفاضل لأنه قد غيرته الصنعة تغيرا جهلت به مقاديره التي تعتبر فيها المماثلة وأما مالك فالاشهر في الخبز عنده انه يجوز متماثلا وقد قيل فيه انه يجوز فيه التفاضل والتساوي وأما العجين بالعجين فجائز عنده مع المماثلة

وسبب الخلاف هل الصنعة تنقله من جنس الربويات أو ليس تنقله وان لم تنقله فهل تمكن المماثلة فيه أولا تمكن فقال أبو حنيفة تنقله وقال مالك والشافعي لا تنقله. واختلفوا في امكان المماثلة فيهما فكان مالك يجيز اعتبار المماثلة في الخبز واللحم بالتقدير والحرز فضلا عن الوزن وأما اذا كان أحد الربويين لم تدخله صنعة والآخر قد دخلته الصنعة فان مالكا يرى في كثير منها ان الصنعة تنقله من الجنس أعني من ان يكونا جنسا واحدا فيجيز فيهما التفاضل وفي بعضها ليس يرى ذلك وتفصيل مذهبه في ذلك عسير الانفصال فاللحم المشوي والمطبوخ عنده من جنس واحد والحنطة المقلوة عنده وغير المقلوة جنسان وقد رام أصحابه التفصيل في ذلك والظاهر من مذهبه انه ليس في ذلك قانون من قوله حتى ينحصر فيه أقواله فيها وقد رام حصرها الباجي في المنتقى وكذلك أيضا يعسر حصر المنافع التي توجب عنده الاتفاق في شئ شئ من الاجناس التي يقع بها التعامل وتمييزها من التي لا توجب ذلك أعني في الحيوان والعروض والنبات وسبب العسران الانسان اذا سئل عن أشياء متشابهة في أوقات مختلفة ولم يكن عنده قانون يعمل عليه في تمييزها الا ما يعطيه بادئ النظر في الحال جاوب فيها بجوابات مختلفة فاذا جاء من بعده أحد فرام أن يجري تلك الاجوبة على قانون واحد وأصل واحد عسر ذلك عليه وأنت تقبين ذلك من كتبهم فهذه هي أمهات هذا الباب

﴿فصل﴾ وأما اختلافهم في بيع الربوي الرطب بجنسه من اليابس مع وجود التماثل في القدر والتناجز فان السبب في ذلك ما روى مالك عن سعد بن أبي وقاص أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسئل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أينقص الرطب اذا جف فقالوا نعم فنهى عن ذلك فأخذ به أكثر العلماء وقال لا يجوز بيع التمر بالرطب على حال مالك والشافعي وغيرهما وقال أبو حنيفة يجوز ذلك وخالفه في ذلك صاحباه محمد بن الحسن وأبو يوسف وقال الطحاوي بقول أبي حنيفة وسبب الخلاف معارضة ظاهر حديث عبادة وغيره له واختلافهم في تصحيحه وذلك ان حديث عبادة اشترط في الجواز فقط المماثلة والمساواة وهذا يقتضي بظاهره حال العقد لا حال المآل فمن غلب ظواهر أحاديث الربويات رد هذا

الحديث ومن جعل هذا الحديث أصلا بنفسه قال هو أمر زائد ومفسر لأحاديث الربويات والحديث أيضا اختلف الناس فى تصحيحه ولم يخرجه الشيخان قال الطحاوى خولف فيه عبد الله فرواه يحيى بن كثير عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر نسيئة وقال ان الذى يروى عنه هذا الحديث عن سعد ابن أبى وقاص هو مجهول لكن جمهور الفقهاء صاروا الى العمل به وقال مالك فى موطئه قياسا به على تعليل الحكم فى هذا الحديث وكذلك كل رطب بيابس من نوعه حرام يعنى منع المماثلة كالعجين بالدقيق واللحم اليابس بالرطب وهو أحد قسمى المزابنة عند مالك المنهى عنها عنده والعرية عنده مستثناة من هذا الأصل وكذلك عند الشافعى والمزابنة عند أبى حنيفة المنهى عنها هو بيع التمر على الأرض بالتمر فى رؤس النخيل لموضع الجهل بالمقدار الذى بينهما أعنى بوجود التساوى وطرد الشافعى هذه العلة فى الشيئين الرطبين فلم يجز بيع الرطب بالرطب ولا العجين بالعجين مع التماثل لأنه زعم أن التفاضل يوجد بينهما عند الجفاف وخالفه فى ذلك جل من قال بهذا الحديث وأما اختلافهم فى بيع الجيد بالردىء فى الاصناف الربوية فذلك يتصوّر بأن يباع منها صنف واحد وسط فى الجودة بصنفين أحدهما أجود من ذلك الصنف والآخر أردأ مثل أن يبيع مدين من تمر وسط بمدين من تمر أحدهما أعلى من الوسط والآخر أدون منه فان مالكا يرد هذا لانه يتهمه أن يكون انما قصد أن يدفع مدين من الوسط فى مد من الطيب فجعل معه الردىء ذريعة الى تحليل ما لا يحب من ذلك ووافقه الشافعى فى هذا ولكن التحريم عنده ليس هو فيما أحسب لهذه التهمة لأنه لا يعمل التهم ولكن يشبه أن يعتبر التفاضل فى الصفة وذلك انه متى لم تكن زيادة الطيب على الوسط مثل نقصان الردىء عن الوسط والا فليس هناك مساواة فى الصفة * ومن هذا الباب اختلافهم فى جواز بيع صنف من الربويات بصنف مثله وعرض أو دنانير أو دراهم اذا كان الصنف الذى يجعل معه العرض أقل من ذلك الصنف المفرد أو يكون مع كل واحد منهما عرض والصنفان مختلفان فى القدر فالأول مثل أن يبيع كيلين من التمر بكيل من التمر ودرهم والثانى مثل أن يبيع كيلين من التمر وثوب بثلاثة أكيال من التمر ودرهم فقال مالك والشافعى

والليث ان ذلك لايجوز وقال أبو حنيفة والكوفيون ان ذلك جائز فسبب الخلاف هل ما يقابل العرض من الجنس الربوى ينبغى أن يكون مساويا له فى القيمة أو يكفى فى ذلك رضا البائع فمن قال الاعتبار بمساواته فى القيمة قال لايجوز لمكان الجهل بذلك لانه اذا لم يكن العرض مساويا لفضل أحد الربويين على الثانى كان التفاضل ضرورة مثال ذلك انه ان باع كيلين من تمر بكيل وثوب فقد يجب أن تكون قيمة الثوب تساوى الكيل والا وقع التفاضل ضرورة وأما أبو حنيفة فيكتفى فى ذلك بان يرضى به المتبايعان ومالك يعتبر أيضا فى هذا سد الذريعة لانه انما جعل جاعل ذلك ذريعة الى بيع الصنف الواحد متفاضلا فهذه مشهورات مسائلهم فى هذا الجنس

(باب فى بيوع الذرائع الربوية)

وههنا شئ يعرض للمتبايعين اذا أقال أحدهما الآخر بزيادة أو نقصان وللمتبايعين اذا اشترى أحدهما من صاحبه الشئ الذى باعه بزيادة أو نقصان وهو أن يتصوّر بينهما من غير قصد الى ذلك تبايع ربوى مثل أن يبيع انسان من انسان سلعة بعشرة دنانير نقدا ثم يشتريها منه بعشرين الى أجل فاذا أضيفت البيعة الثانية الى الاولى استقر الامر على أن أحدهما دفع عشرة دنانير فى عشرين الى أجل وهذا هو الذى يعرف ببيوع الآجال فنذكر من ذلك مسئلة فى الاقالة ومسئلة من بيوع الآجال اذ كان هذا الكتاب ليس المقصود به التفريع وانما المقصود فيه تحصيل الاصول

﴿مسئلة﴾ لم يختلفوا أن من باع شيأ مّا كأنك قلت عبدا بمائة دينار مثلا الى أجل ثم ندم البائع فسأل المبتاع أن يصرف اليه مبيعه و يدفع اليه عشرة دنانير مثلا نقدا أو الى أجل ان ذلك يجوز وأنه لا بأس بذلك وأن الاقالة عندهم اذا دخلتها الزيادة والنقصان هى بيع مستأنف ولا حرج فى أن يبيع الانسان الشئ بثمن ثم يشتريه بأ كثر منه لأنه فى هذه المسئلة اشترى منه البائع الأول العبد الذى باعه بالمائة التى وجبت له و بالعشرة مثاقيل التى زادها نقدا أو الى أجل وكذلك لاخلاف بينهم لو كان البيع بمائة دينار الى أجل والعشرة مثاقيل نقدا أو الى أجل وأما ان ندم المشترى فى هذه المسئلة وسأل الاقالة على ان يعطى البائع العشرة المثاقيل نقدا أو الى أجل أبعد من الأجل الذى وجبت فيه المائة فهنا اختلفوا فقال مالك لايجوز وقال الشافعى

يجوز ووجه ما كره من ذلك مالك ان ذلك ذريعة الى قصد بيع الذهب بالذهب الى أجل والى بيع ذهب وعرض بذهب لأن المشترى دفع العشرة مثاقيل والعبد فى المائة دينار التى عليه وأيضا يدخله بيع وسلف كان المشترى باعه العبد بتسعين وأسلفه عشرة الى الأجل الذى يجب عليه فيقبضها من نفسه لنفسه وأما الشافعى فهذا كله عنده جائز لأنه شراء مستأنف ولا فرق عنده بين هذه المسئلة و بين ان تكون لرجل على رجل مائة دينار مؤجلة فيشترى منه غلاما بالتسعين دينارا التى عليه و يتعجل له عشرة دنانير وذلك جائز باجماع قال وحمل الناس على التهم لايجوز وأما ان كان البيع الأول نقدا فلاخلاف فى جواز ذلك لأنه ليس يدخله بيع ذهب بذهب نسيئة الا ان مالكا كره ذلك لمن هو من أهل العينة أعنى الذى يداين الناس لأنه عنده ذريعة لسلف فى أكثر منه يتواصلان اليه بما أظهرا من البيع من غير أن تكون له حقيقة وأما البيوع التى يعرفونها ببيوع الآجال فهى ان يبيع الرجل سلعة بثمن الى أجل ثم يشتريها بثمن آخر الى أجل آخر أو نقدا وهنا تسع مسائل اذا لم تكن هناك زيادة عرض اختلف منها فى مسئلتين واتفق فى الباقى وذلك انه من باع شيأ الى أجل ثم اشتراه فاما أن يشتريه الى ذلك الأجل بعينه أو قبله أو بعده وفى كل واحد من هذه الثلاثة اما أن يشتريه بمثل الثمن الذى باعه به منه واما بأقل واما بأكثر يختلف من ذلك فى اثنين وهو ان يشتريها قبل الأجل نقدا بأقل من الثمن أو الى أبعد من ذلك الاجل بأكثر من ذلك الثمن فعند مالك وجمهور أهل المدينة ان ذلك لايجوز وقال الشافعى وداود وأبو ثور يجوز فمن منعه فوجه منعه اعتبار البيع الثانى بالبيع الاول فاتهمه ان يكون انما قصد دفع دنانير فى أكثر منها الى أجل وهو الربا المنهى عنه فزورا لذلك هذه الصورة ليتصلا بها الى الحرام مثل ان يقول قائل لآخر أسلفنى عشرة دنانير الى شهر وأرد اليك عشرين دينارا فيقول هذا لايجوز ولكن أبيع منك هذا الحمار بعشرين الى شهر ثم اشتريه منك بعشرة نقدا وأما فى الوجوه الباقية فليس يتهم فيها لانه ان أعطى أكثر من الثمن فى أقل من ذلك الاجل لم يتهم وكذلك ان اشتراها بأقل من ذلك الثمن الى أبعد من ذلك الاجل ومن الحجة لمن رأى هذا الرأى حديث أبى العالية عن عائشة أنها سمعتها وقد قالت لها امرأة كانت

أم ولد لزيد بن أرقم يا أم المؤمنين انى بعت من زيد عبدا الى العطاء بثمانمائة فاحتاج الى ثمنه فاشتريته منه قبل محل الاجل بستمائة فقالت عائشة بئسما شريت و بئسما اشتريت أبلغي زيدا انه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب قالت أرأيت ان تركت وأخذت الستمائة دينار قالت نعم (فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف) وقال الشافعي وأصحابه لا يثبت حديث عائشة وأيضا فان زيدا قد خالفها واذا اختلف الصحابة فمذهبنا القياس وروى مثل قول الشافعي عن ابن عمر وأما اذا حدث بالمبيع نقص عند المشترى الاول فان الثورى وجماعة من الكوفيين أجازوا لبائعه بالنظرة ان يشتريه نقدا بأقل من ذلك الثمن وعن مالك فى ذلك روايتان والصور التى يعتبرها مالك فى الذرائع فى هذه البيوع هى ان يتذرع منها الى أنظرنى أزدك أو الى بيع ما لا يجوز متفاضلا أو بيع ما لا يجوز نساء أو الى بيع وسلف أو الى ذهب وعرض بذهب أو الى ضع وتعجل أو بيع الطعام قبل أن يستوفى أو بيع وصرف فان هذه هى أصول الربا ومن هذا الباب اختلافهم فيمن باع طعاما بطعام قبل ان يقبضه فمنعه مالك وأبو حنيفة وجماعة وأجازه الشافعي والثورى والاوزاعي وجماعة وحجة من كرهه انه شبيه ببيع الطعام بالطعام نساء ومن أجازه لم ير ذلك فيه اعتبارا بترك القصد الى ذلك ومن ذلك اختلافهم فيمن اشترى طعاما بثمن الى أجل معلوم فلما حل الاجل لم يكن عند البائع طعام يدفعه اليه فاشترى من المشترى طعاما بثمن يدفعه اليه مكان طعامه الذى وجب له فأجاز ذلك الشافعي وقال لا فرق بين ان يشترى الطعام من غير المشترى الذى وجب له عليه أو من المشترى نفسه ومنع من ذلك مالك ورآه من الذريعة الى بيع الطعام قبل ان يستوفى لانه رد اليه الطعام الذى كان ترتب فى ذمته فيكون قد باعه منه قبل ان يستوفيه وصورة الذريعة فى ذلك ان يشترى رجل من آخر طعاما الى أجل معلوم فاذا حل الاجل قال الذى عليه الطعام ليس عندى طعام ولكن أشترى منك الطعام الذى وجب لك علىّ فقال هذا لا يصح لانه بيع الطعام قبل ان يستوفى فيقول له فبع طعاما منى وأرده عليك فيعرض من ذلك ما ذكرناه أعنى ان يرد عليه ذلك الطعام الذى أخذ منه و يبقى الثمن المدفوع انما هو ثمن الطعام الذى هو فى ذمته وأما الشافعي فلا يعتبر التهم كما قلنا وانما يراعى

فيما يحل ويحرم من البيوع ماشرطا وذكراه بألسنتهما وظهر من فعلهما الاجماع العلماء على أنه اذا قال أبيعك هذه الدراهم بدراهم مثلها وأنظرك بها حولا أوشهرا انه لايجوز ولوقال له أسلفني دراهم وأمهلني بها حولا أوشهرا جاز فليس بينهما الا اختلاف لفظ البيع وقصده ولفظ القرض وقصده ولما كانت أصول الربا كما قلنا خمسة انظرني أزدك والتفاضل والنساء وضع وتعجل وبيع الطعام قبل قبضه فانه يظن انه من هذا الباب اذ فاعل ذلك يدفع دنانير ويأخذ أكثر منها من غير تكلف فعل ولاضمان يتعلق بذمته فينبغي ان نذكر هاهنا هذين الاصلين أما ضع وتعجل فأجازه ابن عباس من الصحابة وزفر من فقهاء الامصار ومنعه جماعة منهم ابن عمر من الصحابة ومالك وأبو حنيفة والثورى وجماعة من فقهاء الامصار واختلف قول الشافعي فى ذلك فأجاز مالك وجمهور من ينكر ضع وتعجل ان يتعجل الرجل فى دينه المؤجل عرضا يأخذه وان كانت قيمته أقل من دينه وعمدة من لم يجز ضع وتعجل انه شبيه بالزيادة مع النظرة المجتمع على تحريمها ووجه شبهه بها انه جعل للزمان مقدارا من الثمن بدلا منه فى الموضعين جميعا وذلك انه هنالك لما زاد له فى الزمان زاد له عرضه ثمنا وهنا لما حط عنه الزمان حط عنه فى مقابلته ثمنا وعمدة من أجازه ماروى عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم لما أمر باخراج بنى النضير جاءه ناس منهم فقالوا يانبى الله انك أمرت باخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ضعوا وتعجلوا فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه لهذا الحديث وأما بيع الطعام قبل قبضه فان العلماء مجمعون على منع ذلك الا مايحكى عن عثمان البتى وانما أجمع العلماء على ذلك لثبوت النهى عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلايبعه حتى يقبضه واختلف من هذه المسئلة فى ثلاثة مواضع أحدها فيما يشترط فيه القبض من المبيعات والثانى فى الاستفادات التى يشترط فى بيعها القبض من التى لايشترط والثالث فى الفرق بين مايباع من الطعام مكيلا وجزافا ففيه ثلاثة فصول

(الفصل الاول)

وأما بيع ماسوى الطعام قبل القبض فلا خلاف فى مذهب مالك فى اجازته وأما الطعام الربوى فلا خلاف فى مذهبه ان القبض شرط فى بيعه وأما غير الربوى من الطعام فعنه فى ذلك روايتان احداهما المنع وهى الاشهر وبها قال أحمد وأبو ثور الا أنهما اشترطا مع الطعم الكيل والوزن والرواية الاخرى الجواز وأما أبو حنيفة فالقبض عنده شرط فى كل مبيع ماعدا المبيعات التى لا تنتقل ولا تحول وهى الدور والعقار وأما الشافعى فان القبض عنده شرط فى كل مبيع وبه قال الثورى وهو مروى عن جابر بن عبد الله وابن عباس وقال أبو عبيد واسحق كل شئ لا يكال ولا يوزن فلا بأس ببيعه قبل قبضه فاشترط هؤلاء القبض فى المكيل والموزون وبه قال ابن حبيب وعبد العزيز بن أبى سلمة وربيعة وزاد هؤلاء مع الكيل والوزن المعدود فيتحصل فى اشتراط القبض سبعة أقوال الأول فى الطعام الربوى فقط والثانى فى الطعام باطلاق الثالث فى الطعام المكيل والموزون الرابع فى كل شئ ينقل الخامس فى كل شئ السادس فى المكيل والموزون السابع فى المكيل والموزون والمعدود أما عمدة مالك فى منعه ماعدا المنصوص عليه فدليل الخطاب فى الحديث المتقدم وأما عمدة الشافعى فى تعميم ذلك فى كل بيع فعموم قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل بيع وسلف ولا ربح مالم يضمن ولا بيع ماليس عندك وهذا من باب بيع مالم يضمن وهذا مبنى على مذهبه من ان القبض شرط فى دخول المبيع فى ضمان المشترى واحتج أيضا بحديث حكيم بن حزام قال قلت يارسول الله انى أشترى بيوعا فما يحل لى منها وما يحرم فقال ياابن أخى اذا اشتريت بيعا فلا تبعه حتى تقضبه قال أبو عمر حديث حكيم ابن حزام رواه يحيى بن أبى كثير عن يوسف بن ماهك ان عبد الله بن عصمة حدثه ان حكيم بن حزام قال ويوسف بن ماهك وعبد الله بن عصمة لا أعرف لهما جرحة الا أنه لم يرو عنهما الا رجل واحد فقط وذلك فى الحقيقة ليس بجرحة وان كرهه جماعة من المحدثين ومن طريق المعنى ان بيع مالم يقبض يتطرق منه الى الربا وانما استثنى أبو حنيفة مايحول وينقل عنده مما لا ينقل لأن ماينقل القبض عنده فيه هى التخلية وأما من اعتبر الكيل والوزن فلاتفاقهم ان المكيل والموزون لا يخرج من ضمان

البائع الى ضمان المشترى الا بالكيل أو الوزن وقد نهى عن بيع مالم يضمن

(الفصل الثانى)

وأما مايعتبر ذلك فيه مما لا يعتبر فان العقود تنقسم أولا الى قسمين قسم يكون بمعاوضة وقسم يكون بغير معاوضة كالهبات والصدقات والذى يكون بمعاوضة ينقسم ثلاثة أقسام أحدها يختص بقصد المغابنة والمكايسة وهى البيوع والاجارات والمهور والصلح والمال المضمون بالتعدى وغيره والقسم الثانى لا يختص بقصد المغابنة وانما يكون على جهة الرفق وهو القرض والقسم الثالث فهو مايصح أن يقع على الوجهين جميعا أعنى على قصد المغابنة وعلى قصد الرفق كالشركة والاقالة والتولية وتحصيل أقوال العلماء فى هذه الأقسام أما ما كان بيعا وبعوض فلا خلاف فى اشتراط القبض فيه وذلك فى الشئ الذى يشترط فيه القبض واحد واحد من العلماء وأما ما كان خالصا للرفق أعنى القرض فلا خلاف أيضا ان القبض ليس شرطا فى بيعه أعنى انه يجوز للرجل أن يبيع القرض قبل أن يقبضه واستثنى أبو حنيفة مما يكون بعوض المهر والخلع فقال يجوز بيعهما قبل القبض وأما العقود التى تتردد بين قصد الرفق والمغابنة وهى التولية والشركة والاقالة فاذا وقعت على وجه الرفق من غير أن تكون الاقالة أو التولية بزيادة أو نقصان فلا خلاف أعلمه فى المذهب ان ذلك جائز قبل القبض وبعده وقال أبو حنيفة والشافعى لا تجوز الشركة ولا التولية قبل القبض وتجوز الاقالة عندهما لانها قبل القبض فسخ بيع لا بيع فعمدة من اشترط القبض فى جميع المعاوضات انها فى معنى البيع المنهى عنه وانما استثنى مالك من ذلك التولية والاقالة والشركة للاثر والمعنى أما الاثر فما رواه من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه الا ما كان من شركة أو تولية أو اقالة وأما من طريق المعنى فان هذه انما يراد بها الرفق لا المغابنة اذا لم تدخلها زيادة ولا نقصان وانما استثنى من ذلك أبو حنيفة الصداق والخلع والجعل لأن العوض فى ذلك ليس بينا اذ لم يكن عينا

(الفصل الثالث)

وأما اشتراط القبض فيما بيع من الطعام جزافا فان مالكا رخص فيه وأجازه وبه قال الاوزاعى ولم يجز ذلك أبو حنيفة والشافعى وحجتهما عموم الحديث المتضمن للنهى عن بيع الطعام قبل قبضه لان الذريعة موجودة فى الجزاف وغير الجزاف ومن الحجة لهما ماروى عن ابن عمر أنه قال كنا فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم نبتاع الطعام جزافا فبعث الينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذى ابتعناه فيه الى مكان سواه قبل أن نبيعه قال أبو عمر وان كان مالك لم يرو عن نافع فى هذا الحديث ذكر الجزاف فقد رواه جماعة وجوده عبيد الله بن عمر وغيره وهو مقدم فى حفظ حديث نافع وعمدة المالكية ان الجزاف ليس فيه حق توفية فهو عندهم من ضمان المشترى بنفس العقد وهذا من باب تخصيص العموم بالقياس المظنون العلة وقد يدخل فى هذا الباب اجماع العلماء على منع بيع الرجل شيأ لا يملكه وهو المسمى عينة عند من يرى نقله من باب الذريعة الى الربا وأما من رأى منعه من جهة انه قد لا يمكنه نقله فهو داخل فى بيوع الغرر وصورة التذرع منه الى الربا المنهى عنه أن يقول رجل لرجل أعطنى عشرة دنانير على ان أدفع لك الى مدة كذا ضعفها فيقول له هذا لا يصلح ولكن أبيع منك سلعة كذا لسلعة يسميها ليست عنده بهذا العدد ثم يعمد هو فيشترى تلك السلعة فيقبضها له بعد ان كمل البيع بينهما وتلك السلعة قيمتها قريب مما كان سأله أن يعطيه من الدراهم قرضا فيرد عليه ضعفها وفى المذهب فى هذا تفصيل ليس هذا موضع ذكره ولا خلاف فى هذه الصورة التى ذكرنا انها غير جائزة فى المذهب أعنى اذا تقارا على الثمن الذى يأخذ به السلعة قبل شرائها وأما الدين بالدين فاجمع المسلمون على منعه واختلفوا فى مسائل هل هى منه أم ليست منه مثل ما كان ابن القاسم لا يجيز أن يأخذ الرجل من غريمه فى دين له عليه تمرا قد بدا صلاحه ولا سكنى دار ولا جارية تتواضع ويراه من باب الدين بالدين وكان أشهب يجيز ذلك ويقول ليس هذا من باب الدين بالدين وانما الدين بالدين مالم يشرع فى أخذ شئ منه وهو القياس عند كثير من المالكيين وهو قول الشافعى وأبى حنيفة ومما أجازه مالك من هذا الباب وخالفه فيه جمهور العلماء

ماقاله فى المدونة من ان الناس كانوا يبيعون اللحم بسعر معلوم والثمن الى العطاء فيأخذ المبتاع كل يوم وزنا معلوما قال ولم ير الناس بذلك بأسا وكذلك كل ما يبتاع فى الاسواق وروى ابن القاسم ان ذلك لا يجوز الا فيما خشى عليه الفساد من لفواكه اذا أخذ جميعه وأما القمح وشبهه فلا فهذه هي أصول هذا الباب وهذا الباب كله انما حرم فى الشرع لمكان الغبن الذى يكون طوعا وعن علم

(الباب الثالث)

وهي البيوع المنهى عنها من قبل الغبن الذى سببه الغرر والغرر يوجد فى المبيعات من جهة الجهل على أوجه اما من جهة الجهل بتعيين المعقود عليه أو تعيين العقد اومن جهة الجهل بوصف الثمن والمثمون المبيع أو بقدره أو بأجله ان كان هنالك أجل واما من جهة الجهل بوجوده أو تعذر القدرة عليه وهذا راجع الى تعذر التسليم واما من جهة الجهل بسلامته أعنى بقاءه وههنا بيوع تجمع أكثر هذه أو بعضها ومن البيوع التى توجد فيها هذه الضروب من الغرر بيوع منطوق بها وبيوع مسكوت عنها والمنطوق به أكثره متفق عليه وانما يختلف فى شرح أسمائها والمسكوت عنه مختلف فيه ونحن نذكر أولا المنطوق به فى الشرع وما يتعلق به من الفقه ثم نذكر بعد ذلك من المسكوت عنه ماشهر الخلاف فيه بين فقهاء الامصار ليكون كالقانون فى نفس الفقه أعنى فى رد الفروع الى الاصول فأما المنطوق به فى الشرع فمنه نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبلة ومنها نهيه عن بيع مالم يخلق وعن بيع الثمار حتى تزهى وعن بيع الملامسة والمنابذة وعن بيع الحصاة ومنها نهيه عن المعاومة وعن بيعتين فى بيعة وعن بيع وشرط وعن بيع وسلف وعن بيع السنبل حتى يبيض والعنب حتى يسود ونهيه عن المضامين والملاقيح أما بيع الملامسة فكانت صورته فى الجاهلية أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره أو يبتاعه ليلا ولا يعلم مافيه وهذا مجمع على تحريمه وسبب تحريمه الجهل بالصفة وأما بيع المنابذة فكان أن ينبذ كل واحد من المتبايعين الى صاحبه الثوب من غير أن يعين أن هذا بهذا بل كانوا يجعلون ذلك راجعا الى الاتفاق وأما بيع الحصاة فكانت صورته عندهم أن يقول المشترى أى ثوب وقعت عليه الحصاة التى أرمى بها فهو لى وقيل أيضا انهم

كانوا يقولون اذا وقعت الحصاة من يدى فقد وجب البيع وهذا قمار وأما بيع حبل الحبلة ففيه تأويلان أحدهما انها كانت بيوعا يؤجلونها الى أن تنتج الناقة ما فى بطنها ثم ينتج ما فى بطنها والغرر من جهة الاجل فى هذا بين وقيل انما هو بيع جنين جنين الناقة وهذا من باب النهى عن بيع المضامين والملاقيح والمضامين هى ما فى بطون الحوامل والملاقيح ما فى ظهور الفحول فهذه كلها بيوع جاهلية متفق على تحريمها وهى محرمة من تلك الاوجه التى ذكرناها وأما بيع الثمار فانه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيعها حتى يبدو صلاحها وحتى تزهى ويتعلق بذلك مسائل مشهورة نذكر نحن منها عيونها وذلك أن بيع الثمار لا يخلو أن تكون قبل أن تخلق أو بعد أن تخلق ثم اذا خلقت لا يخلو أن تكون بعد الصرام أو قبله ثم اذا كان قبل الصرام فلا يخلو أن تكون قبل أن تزهى أو بعد أن تزهى وكل واحد من هذين لا يخلو أن تكون بيعا مطلقا أو بشرط التبقية أو بشرط القطع أما القسم الأول وهو بيع الثمار قبل أن تخلق فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك لأنه من باب النهى عن بيع ما لم يخلق ومن باب بيع السنين والمعاومة وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع السنين وعن بيع المعاومة وهى بيع الشجر أعواما الا ما روى عن عمر ابن الخطاب وابن الزبير انهما كانا يجيزان بيع الثمار سنين وأما بيعها بعد الصرام فلا خلاف فى جوازه وأما بيعها بعد ان خلقت فأكثر العلماء على جواز ذلك على التفصيل الذى نذكره الا ما روى عن أبى سلمة بن عبد الرحمن وعن عكرمة انه لا يجوز الا بعد الصرام فاذا قلنا بقول الجمهور انه يجوز قبل الصرام فلا يخلو أن تكون بعد أن تزهى أو قبل أن تزهى وقد قلنا ان ذلك لا يخلو أن يكون بيعا مطلقا أو بيعا بشرط القطع أو بشرط التبقية فأما بيعها قبل الزهو بشرط القطع فلا خلاف فى جوازه الا ما روى عن الثورى وابن أبى ليلى من منع ذلك وهى رواية ضعيفة وأما بيعها قبل الزهو بشرط التبقية فلا خلاف فى انه لا يجوز الا ما ذكره اللخمى من جوازه تخريجا على المذهب وأما بيعها قبل الزهو مطلقا فاختلف فى ذلك فقهاء الامصار فجمهورهم على انه لا يجوز مالك والشافعى وأحمد واسحق والليث والثورى وغيرهم وقال أبو حنيفة يجوز ذلك الا انه يلزم المشترى عنده فيه القطع لا من جهة

ماهو بيع مالم يره بل من جهة أن ذلك شرط عنده فى بيع التمر على ماسيأتى بعد أما دليل الجمهور على منع بيعها مطلقا قبل الزهو فالحديث الثابت عن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمشترى فعلم ان ما بعد الغاية بخلاف ما قبل الغاية وان هذا النهى يتناول البيع المطلق بشرط التبقية ولما ظهر للجمهور أن المعنى فى هذا خوف مايصيب الثمار من الجائحة غالبا قبل أن تزهى لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث أنس بن مالك بعد نهيه عن بيع الثمرة قبل الزهو أرأيت ان منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه لم يحمل العلماء النهى فى هذا على الاطلاق أعنى النهى عن البيع قبل الازهاء بل رأت أن معنى النهى هو بيعه بشرط التبقية الى الازهاء فأجازوا بيعها قبل الازهاء بشرط القطع واختلفوا اذا ورد البيع مطلقا فى هذه الحال هل يحمل على القطع وهو الجائز أو على التبقية الممنوعة فمن حمل الاطلاق على التبقية أو رأى أن النهى يتناوله بعمومه قال لا يجوز ومن حمله على القطع قال يجوز والمشهور عن مالك ان الاطلاق محمول على التبقية وقد قيل عنه انه محمول على القطع وأما الكوفيون فحجتهم فى بيع الثمار مطلقا قبل أن تزهى حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترطها المبتاع قالوا فلما جاز أن يشترطه المبتاع جاز بيعه مفردا وحملوا الحديث الوارد بالنهى عن بيع الثمار قبل أن تزهى على الندب واحتجوا لذلك بما روى عن زيد بن ثابت قال كان الناس فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها فاذا جدّ الناس وحضر تقاضيهم قال المبتاع أصاب الثمر الزمان أصابه ما أضر به قشام ومراض لعاهات يذكرونها فلما كثرت خصومتهم عند النبى قال كالمشورة يشير بها عليهم لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحها وربما قالوا ان المعنى الذى دل عليه الحديث فى قوله حتى يبدو صلاحه هو ظهر الثمرة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام أرأيت ان منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه وقد كان يجب على من قال من الكوفيين بهذا القول ولم يكن يرى رأى أبى حنيفة فى ان من ضرورة بيع الثمار القطع أن يجيز بيع الثمر قبل بدو صلاحها على شرط التبقية فالجمهور يحملون جواز بيع الثمار بالشرط قبل الازهاء على

الخصوص أعنى اذا بيع الثمر مع الاصل وأما شراء الثمر مطلقا بعد الزهو فلا خلاف فيه والاطلاق فيه عند جمهور فقهاء الامصار يقتضى التبقية بدليل قوله عليه الصلاة والسلام أرأيت ان منع الله الثمرة الحديث ووجه الدليل منه ان الجوائح انما تطرأ فى الأكثر على الثمار قبل بدو الصلاح وأما بعد بدو الصلاح فلا تظهر الا قليلا ولو لم يجب فى المبيع بشرط التبقية لم يكن هنالك جائحة تتوقع وكان هذا الشرط باطلا وأما الحنفية فلا يجوز عندهم بيع الثمر بشرط التبقية والاطلاق عندهم كما قلنا محمول على القطع وهو خلاف مفهوم الحديث وحجتهم أن نفس بيع الشئ يقتضى تسليمه والا لحقه الغرر ولذلك لم يجز أن تباع الاعيان الى أجل والجمهور على أن بيع الثمار مستثنى من بيع الاعيان الى أجل لكون الثمر ليس يمكن أن ييبس كله دفعة فالكوفيون خالفوا الجمهور فى بيع الثمار فى موضعين أحدهما فى جواز بيعها قبل أن تزهى والثانى فى منع تبقيتها بالشرط بعد الازهاء أو بمطلق العقد وخلافهم فى الموضع الأول أقوى من خلافهم فى الموضع الثانى أعنى فى شرط القطع وان أزهى وانما كان خلافهم فى الموضع الاول أقرب لانه من باب الجمع بين حديثى ابن عمر المتقدمين ولأن ذلك أيضا مروى عن عمر بن الخطاب وابن الزبير وأما بدو الصلاح الذى جوز رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع بعده فهو ان يصفر فيه البسر و يسود فيه العنب ان كان مما يسود وبالجملة ان تظهر فى الثمر صفة الطيب هذا هو قول جماعة فقهاء الامصار لما رواه مالك عن حميد عن أنس انه صلى الله عليه وسلم سئل عن قوله حتى يزهى فقال حتى يحمر وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع العنب حتى يسود والحب حتى يشتد وكان زيد بن ثابت فى رواية مالك عنه لا يبيع ثماره حتى تطلع الثريا وذلك لاثنتى عشرة ليلة خلت من ايار وهو مايو وهو قول ابن عمر أيضا سئل عن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهات فقال عبد الله بن عمر ذلك وقت طلوع الثريا وروى عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال اذا طلع النجم صباحا رفعت العاهات عن أهل البلد وروى ابن القاسم عن مالك انه لا بأس ان يباع الحائط وان لم يزه اذا أزهى ما حوله من الحيطان اذا كان الزمان قد أمنت فيه العاهة يريد والله أعلم طلوع

الثريا الاان المشهور عنه أنه لا يباع حائط حتى يبدو فيه الزهو وقد قيل انه لا يعتبر مع الازهاء طلوع الثريا فالمحصل فى بدو الصلاح للعلماء ثلاثة أقوال قول انه الازهاء وهو المشهور وقول انه طلوع الثريا وان لم يكن فى الحائط فى حين البيع ازهاء وقول الأمران جميعا وعلى المشهور من اعتبار الازهاء يقول مالك انه اذا كان فى الحائط الواحد بعينه اجناس من الثمر مختلفة الطيب لم يبع كل صنف منها الا بظهور الطيب فيه وخالفه فى ذلك الليث وأما الانواع المتقاربة الطيب فيجوز عنده بيع بعضها بطيب البعض و بدو الصلاح المعتبر عن مالك فى الصنف الواحد من الثمر هو وجود الازهاء فى بعضه لا فى كله اذا لم يكن ذلك الازهاء مبكرا فى بعضه تبكيرا يتراخى عنه البعض بل اذا كان متتابعا لأن الوقت الذى تنجو الثمرة فيه فى الغالب من العاهات هو اذا بدا الطيب فى الثمرة ابتداء متناسقا غير منقطع وعند مالك انه اذا بدا الطيب فى نخلة بستان جاز بيعه و بيع البساتين المجاورة له اذا كان نخل البساتين من جنس واحد وقال الشافعى لا يجوز الا بيع نخل البستان الذى يظهر فيه الطيب فقط ومالك اعتبر الوقت الذى تؤمن فيه العاهة اذا كان الوقت واحدا للنوع الواحد والشافعى اعتبر نقصان خلقة الثمر وذلك انه اذا لم يطب كان من بيع مالم يخلق وذلك ان صفة الطيب فيه وهى مشتراة لم تخلق بعد لكن هذا كما قال لا يشترط فى كل ثمرة بل فى بعض ثمرة جنة واحدة وهذا لم يقل به أحد فهذا هو مشهور مااختلفوا فيه من بيع الثمار * ومن المسموع الذى اختلفوا فيه من هذا الباب ماجاء عنه عليه الصلاة والسلام من النهى عن بيع السنبل حتى يبيض والعنب حتى يسود وذلك أن العلماء اتفقوا على أنه لا يجوز بيع الحنطة فى سنبلها دون السنبل لأنه بيع مالم تعلم صفته ولا كثرته واختلفوا فى بيع السنبل نفسه مع الحب فجوز ذلك جمهور العلماء مالك وأبو حنيفة وأهل المدينة وأهل الكوفة وقال الشافعى لا يجوز بيع السنبل نفسه وان اشتد لأنه من باب الغرر وقياسا على بيعه مخلوطا بتبنه بعد الدرس وحجة الجمهور شيئان الأثر والقياس أما الأثر فاروى عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخيل حتى تزهى وعن السنبل حتى تبيض وتأمن العاهة نهى البائع والمشترى وهى زيادة على مارواه مالك من هذا الحديث والزيادة

اذا كانت من الثقة مقبولة وروى عن الشافعى أنه لما وصلته هذه الزيادة رجع عن قوله وذلك أنه لا يصح عنده قياس مع وجود الحديث وأما بيع السنبل اذا أفرك ولم يشتد فلا يجوز عند مالك الا على القطع وأما بيع السنبل غير محصود فقيل عن مالك يجوز وقيل لا يجوز الا اذا كان فى حزمه وأما بيعه فى تبنه بعد الدرس فلا يجوز بلا خلاف فيما أحسب هذا اذا كان جزافا فاما ان كان مكيلا فجائز عند مالك ولا أعرف فيه قولا لغيره واختلف الذين أجازوا بيع السنبل اذا طاب على من يكون حصاده ودرسه فقال الكوفيون على البائع حتى يعمله حبا للمشترى وقال غيرهم هو على المشترى ومن هذا الباب ما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين فى بيعة وذلك من حديث ابن عمر وحديث ابن مسعود وأبى هريرة قال أبو عمر وكلاهما من نقل العدول فاتفق الفقهاء على القول بموجب هذا الحديث عموما واختلفوا فى التفصيل أعنى فى الصورة التى ينطلق عليها هذا الاسم من التى لا ينطلق عليها واتفقوا أيضا على بعضها وذلك يتصوّر على وجوه ثلاثة أحدها اما فى مثمونين بثمنين أو مثمون واحد بثمنين أو مثمونين بثمن واحد على أن أحد البيعين قد لزم أما فى مثمونين بثمنين فان ذلك يتصور على وجهين أحدهما أن يقول له أبيعك هذه السلعة بثمن كذا على أن تبيعنى هذه الدار بثمن كذا والثانى أن يقول له أبيعك هذه السلعة بدينار أو هذه الأخرى بدينارين وأما بيع مثمون واحد بثمنين فان ذلك يتصور أيضا على وجهين أحدهما أن يكون أحد الثمنين نقدا والآخر نسيئة مثل أن يقول له أبيعك هذا الثوب نقدا بعشرة أو الى أجل بعشرين والوجه الثانى أن يقول له أبيعك هذا الثوب نقدا بثمن كذا على ان أشتريه منك الى أجل كذا بثمن كذا وأما مثمونان بثمن واحد فمثل أن يقول له أبيعك أحد هذين بثمن كذا فاما الوجه الاول وهو أن يقول له أبيعك هذه الدار بكذا على أن تبيعنى هذا الغلام بكذا فنص الشافعى على أنه لا يجوز لأن الثمن فى كليهما يكون مجهولا لأنه لو أفرد المبيعين لم يتفقا فى كل واحد منهما على الثمن الذى اتفقا عليه فى المبيعين فى عقد واحد وأصل الشافعى فى رد بيعتين فى بيعة انما هو جهل الثمن أو المثمون وأما الوجه الثانى وهو أن يقول أبيعك هذه السلعة بدينار أو هذه الأخرى بدينارين على أن البيع قد لزم فى أحدهما

فلا يجوز عند الجميع وسواء كان النقد واحدا أو مختلفا وخالف عبد العزيز بن أبي سلمة في ذلك فأجازه اذا كان النقد واحدا أو مختلفا وعلة منعه عند الجميع الجهل وعند مالك من باب سد الذرائع لانه ممكن أن يختار في نفسه أحد الثوبين فيكون قد باع ثوبا ودينارا بثوب ودينار وذلك لا يجوز على أصل مالك وأما الوجه الثالث وهو أن يقول له أبيعك هذا الثوب نقدا بكذا أو نسيئة بكذا فهذا اذا كان البيع فيه واجبا فلا خلاف في أنه لا يجوز وأما اذا لم يكن البيع لازما في أحدهما فأجازه مالك ومنعه أبو حنيفة والشافعي لانهما افترقا على ثمن غير معلوم وجعله مالك من باب الخيار لأنه اذا كان عنده على الخيار لم يتصور فيه ندم يوجب تحويل أحد الثمنين في الآخر وهذا عند مالك هو المانع فعلة امتناع هذا الوجه الثالث عند الشافعي وأبي حنيفة من جهة جهل الثمن فهو عندهما من بيوع الغرر التي نهى عنها وعلة امتناعه عند مالك سد الذريعة الموجبة للربا لامكان أن يكون الذي له الخيار قد اختار أولا انفاذ العقد بأحد الثمنين المؤجل أو المعجل ثم بدا له ولم يظهر ذلك فيكون قد ترك أحد الثمنين للثمن الثاني فكأنه باع أحد الثمنين بالثاني فيدخله ثمن بثمن نسيئة أو نسيئة ومتفاضلا وهذا كله اذا كان الثمن نقدا وان كان الثمن غير نقد بل طعاما دخله وجه آخر وهو بيع الطعام بالطعام متفاضلا وأما اذا قال أشترى منك هذا الثوب نقدا بكذا على أن تبيعه مني الى أجل فهو عندهم لا يجوز باجماع لأنه من باب العينة وهو بيع الرجل ما ليس عنده ويدخله أيضا علة جهل الثمن وأما اذا قال له أبيعك أحد هذين الثوبين بدينار وقد لزمه أحدهما أيهما اختار وافترقا قبل الخيار فان كان الثوبان من صنفين وهما مما يجوز أن يسلم أحدهما في الثاني فانه لا خلاف بين مالك والشافعي في أنه لا يجوز وقال عبد العزيز بن أبي سلمة انه يجوز وعلة المنع الجهل والغرر وأما ان كانا من صنف واحد فيجوز عند مالك ولا يجوز عند أبي حنيفة والشافعي وأما مالك فانه أجازه لأنه يجيز الخيار بعد عقد المبيع في الأصناف المستوية لقلة الغرر عنده في ذلك وأما من لا يجيزه فيعتبره بالغرر الذي لا يجوز لانهما افترقا على بيع غير معلوم وبالجملة فالفقهاء متفقون على أن الغرر الكثير في المبيعات لا يجوز وأن القليل يجوز ويختلفون في أشياء من أنواع الغرر فبعضهم يلحقها بالغرر الكثير وبعضهم يلحقها

بالغرر القليل المباح لترددها بين القليل والكثير فاذا قلنا بالجواز على مذهب مالك فقبض الثوب من (٧) المشترى على أن يختار فهلك أحدهما أو أصابه عيب فمن يصيبه ذلك فقيل تكون المصيبة بينهما وقيل بل يضمنه كله المشترى الا أن تقوم البينة على هلاكه وقيل فرق فى ذلك بين الثياب وما يغاب عليه و بين ما لا يغاب عليه كالعبد فيضمن فيما يغاب عليه ولا يضمن فيما لا يغاب عليه وأما هل يلزمه أخذ الباقى قيل يلزم وقيل لا يلزم وهذا يذكر فى أحكام البيوع و ينبغى أن نعلم أن المسائل الداخلة فى هذا المعنى هى أما عند فقهاء الامصار فمن باب الغرر وأما عند مالك فمنها ما يكون عنده من باب ذرائع الربا ومنها ما يكون من باب الغرر فهذه هى المسائل التى تتعلق بالمنطوق به فى هذا الباب وأما نهيه عن بيع الثنيا وعن بيع وشرط فهو وان كان سببه الغرر فالاشبه أن نذكرها فى المبيعات الفاسدة من قبل الشروط

﴿فصل﴾ وأما المسائل المسكوت عنها فى هذا الباب المختلف فيها بين فقهاء الامصار فكثيرة لكن نذكر منها أشهرها لتكون كالقانون للمجتهد النظار

﴿مسئلة﴾ المبيعات على نوعين مبيع حاضر مرئى فهذا لا خلاف فى بيعه ومبيع غائب أو متعذر الرؤية فهنا اختلف العلماء فقال قوم بيع الغائب لا يجوز بحال من الاحوال لا وصف ولا لم يوصف وهذا أشهر قولى الشافعى وهو المنصوص عند أصحابه أعنى ان بيع الغائب على الصفة لا يجوز وقال مالك وأكثر أهل المدينة يجوز بيع الغائب على الصفة اذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته وقال أبو حنيفة يجوز بيع العين الغائبة من غير صفة ثم له اذا رآها الخيار فان شاء أنفذ البيع وان شاء رده وكذلك المبيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وان جاء على الصفة وعند مالك أنه اذا جاء على الصفة فهو لازم وعند الشافعى لا ينعقد البيع أصلا فى الموضعين وقد قيل فى المذهب يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار خيار الرؤية وقع ذلك فى المدونة وأنكره عبد الوهاب وقال هو مخالف لاصولنا وسبب الخلاف هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر فى بيع الشئ فيكون من الغرر الكثير أم ليس بمؤثر وانه من الغرر اليسير

٧ قوله الثوب من المشترى هكذا بالنسخ ولعله الثوب بين المشترى فليتأمل اه مصححه

المعفو عنه فالشافعي رآه من الغرر الكثير ومالك رآه من الغرر اليسير وأما أبو حنيفة فانه رأى انه اذا كان له خيار الرؤية انه لا غرر هناك وان لم تكن له رؤية وأما مالك فرأى ان الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثر في انعقاد البيع ولا خلاف عند مالك ان الصفة انما تنوب عن المعاينة لمكان غيبة المبيع أو لمكان المشقة التي في نشره وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه ولهذا أجاز البيع على البرنامج على الصفة ولم يجز عنده بيع السلاح في جرابه ولا الثوب المطوى في طيه حتى ينشر أو ينظر الى ما في جرابها واحتج أبو حنيفة بما روى عن ابن المسيب أنه قال قال أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وددنا أن عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف تبايعا حتى نعلم أيهما أعظم جدا في التجارة فاشترى عبد الرحمن من عثمان بن عفان فرسا بأرض له أخرى بأربعين ألفا أو أربعة آلاف فذكر تمام الخبر وفيه بيع الغائب مطلقا ولا بد عند أبي حنيفة من اشتراط الجنس ويدخل البيع على الصفة أو على خيار الرؤية من جهة ما هو غائب غرر آخر وهو هل هو موجود وقت العقد أو معدوم ولذلك اشترطوا فيه أن يكون قريب الغيبة الا أن يكون مأمونا كالعقار ومن ههنا أجاز مالك بيع الشئ برؤية متقدمة أعني اذا كان من القرب بحيث يؤمن أن تتغير فيه فاعلمه ﴿ مسئلة ﴾ وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الاعيان الى أجل وان من شرطها تسليم المبيع الى المبتاع بأثر عقد الصفقة الا أن مالكا وربيعة وطائفة من أهل المدينة أجازوا بيع الجارية الرفيعة على شرط المواضعة ولم يجيزوا فيها النقد كما لم يجزه مالك في بيع الغائب وانما منع ذلك الجمهور لما يدخله من الدين بالدين ومن عدم التسليم وشبه أن يكون بيع الدين بالدين من هذا الباب أعني لما يتعلق بالغرر من عدم التسليم من الطرفين لا من باب الربا وقد تكلمنا في علة الدين بالدين ومن هذا الباب ما كان يرى ابن القاسم أنه لا يجوز أن يأخذ الرجل من غريمه في دين له عليه ثمرا قد بدا اصلاحه ويراه من باب الدين بالدين وكان أشهب يجيز ذلك ويقول انما الدين بالدين ما لم يشرع في قبض شئ منه أعني أنه كان يرى أن قبض الاوائل من الاثمان يقوم مقام قبض الاواخر وهو القياس عند كثير من المالكيين وهو قول الشافعي وأبي حنيفة

﴿ مسـئلة ﴾ أجمع فقهاء الامصار على بيع الثمر الذى يثمر بطنا واحـدا يطيب بعضه وان لم تطب جملته معا واختلفوا فيما يثمر بطونا مختلفة وتحصيل مذهب مالك فى ذلك أن البطون المختلفة لا تخلو أن تتصـل أولا تتصـل فان لم تتصل لم يكن بيع مالم يخلق منها داخـلا فيما خلق كشجر التين يوجـد فيه الباكور والعصـير ثم ان اتصلت فلا يخـلو أن تتميز البطون أولا تتميز فمثال المتميز جز القصـيل الذى يجز مدة بعـد مدة ومثال غـير المتميز المباطخ والمقاثئ والباذنجان والقرع ففى الذى يتميز عنـه وينفصـل روايتان احداهما الجواز والاخرى المنع وفى الذى يتصـل ولا يتميز قول واحـد وهو الجواز وخالفه الـكوفيون وأحمد واسحق والشافعى فى هـذا كله فقالوا لا يجوز بيع بطن منها بشرط بطن آخر وحجة مالك فيما لا يتميز أنه لا يمكن حبس أوله على آخره فجاز أن يباع مالم يخلق منها مع ماخلق وبداصـلاحه أصله جواز بيع مالم يطب من الثمر مع ماطاب لان الغرر فى الصـفة شبهه بالغرر فى عين الشئ وكأنه رأى أن الرخصة ههنا يجب أن تقاس على الرخصة فى بيع الثمـار أعنى ماطاب مع مالم يطب لموضع الضرورة والاصل عنـده أن من الغرر مايجوز لموضع الضرورة ولذلك منع على احدى الروايتين عنده بيع القصيل بطنا أ كثر من واحد لانه لا ضرورة هناك اذا كان متميزا وأما وجـه الجواز فى القصـيل فتشبيها له بما لا يتميز وهو ضـعيف وأما الجمهور فان هذا كله عندهم من بيع مالم يخلق ومن باب النهى عن بيع الثمـار معاومة واللفت والجزر والـكرنب جائز عند مالك بيعه اذا بدا صلاحه وهو استحقاقه للا كل ولم يجزه الشافعى الا مقلوعا لانه من باب بيع المغيب ومن هـذا الباب بيع الجوز واللوز والباقلا فى قشره أجازه مالك ومنعـه الشافعى والسبب فى اختـلافهم هل هو من الغرر المؤثر فى البيوع أم ليس من المؤثر وذلك انهم اتفقوا أن الغرر ينقسم بهذين القسـمين وان غـير المؤثر هو اليسير أو الذى تدعو اليـه الضرورة أو ماجمع الامرين ومن هـذا الباب بيع السمك فى الغـدير أو البركة اختلفوا فيـه أيضا فقال أبو حنيفة يجوز ومنعـه مالك والشافعى فيما أحسب وهو الذى تقتضى أصوله ومن ذلك بيع الآبق أجازه قوم باطلاق ومنعه قوم باطلاق ومنهم الشافعى وقال مالك اذا كان معلوم الصفة معلوم الموضع عنـد

البائع والمشتري جاز وأظنه اشترط أن يكون معلوم الاباق ويتواضعان الثمن أعني أنه لا يقبضه البائع حتى يقبضه المشتري لانه يتردد عند العقد بين بيع وسلف وهذا أصل من أصوله يمنع به النقد في بيع المواضعة وفي بيع الغائب غير المأمون وفيما كان من هذا الجنس وممن قال بجواز بيع الآبق والبعير الشارد عثمان البتي والحجة للشافعي حديث شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء العبد الآبق وعن شراء ما في بطون الانعام حتى تضع وعن شراء ما في ضروعها وعن شراء الغنائم حتى تقسم وأجاز مالك بيع لبن الغنم أياما معدودة اذا كان ما يحلب منها معروفا في العادة ولم يجز ذلك في الشاة الواحدة وقال سائر الفقهاء لا يجوز ذلك الا بكيل معلوم بعد الحلب ومن هذا الباب منع مالك بيع اللحم في جلده ومن هذا الباب بيع المريض أجازه مالك الا أن يكون ميؤسا منه ومنعه الشافعي وأبو حنيفة وهي رواية أخرى عنه ومن هذا الباب بيع تراب المعدن والصوّاغين فأجاز مالك بيع تراب المعدن بنقد يخالفه أو بعرض ولم يجز بيع تراب الصاغة ومنع الشافعي البيع في الامرين جميعا وأجازه قوم في الامرين جميعا وبه قال الحسن البصري فهذه هي البيوع التي يختلف فيها أكثر ذلك من قبل الجهل بالكيفية وأما اعتبار الكمية فانهم اتفقوا على أنه لا يجوز أن يباع شئ من المكيل أو الموزون أو المعدود أو الممسوح الا أن يكون معلوم القدر عند البائع والمشتري واتفقوا على أن العلم الذي يكون بهذه الاشياء من قبل الكيل المعلوم أو الصنوج المعلومة مؤثر في صحة البيع في كل ما كان (٧) معلوم الكيل والوزن عند البائع والمشتري من جميع الاشياء المكيلة والموزونة والمعدودة والممسوحة وأن العلم بمقادير هذه الاشياء التي تكون من قبل الحزر والتخمين وهو الذي يسمونه الجزاف يجوز في أشياء ويمنع في أشياء وأصل مذهب مالك في ذلك أنه يجوز في كل ما المقصود منه الكثرة لا آحاده وهو عنده على أصناف منها ما أصله الكيل ويجوز جزافا وهي المكيلات والموزونات ومنها ما أصله الجزاف ويكون مكيلا وهي الممسوحات كالارضين والثياب ومنها ما لا يجوز فيها

(٧) هكذا بالنسخ ولعله غير معلوم فليتأمل اه مصححه

التقدير أصلا بالكيل والوزن بل انما يجوز فيها العدد فقط ولا يجوز بيعها جزافا وهي كما قلنا التي المقصود منها آحاد أعيانها وعند مالك ان التبر والفضة الغير المسكوكين يجوز بيعها جزافا ولا يجوز ذلك في الدراهم والدنانير وقال أبو حنيفة والشافعي يجوز ويكره ويجوز عند مالك أن تباع الصبرة المجهولة على الكيل أي كل كيل منها بكذا فما كان فيها من الاكيال وقع من تلك القيمة بعد كيلها والعلم بمبلغها وقال أبو حنيفة لا يلزم الا في كيل واحد وهو الذي سمياه ويجوز هذا البيع عند مالك في العبيد والثياب وفي الطعام ومنعه أبو حنيفة في الثياب والعبيد ومنع ذلك غيره في الكل فيما أحسب للجهل بمبلغ الثمن ويجوز عند مالك أن يصدق المشتري البائع في كيلها اذا لم يكن البيع نسيئة لانه يتهمه أن يكون صدقه لينظره بالثمن وعند غيره لا يجوز ذلك حتى يكتاله المشتري لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان وأجازه قوم على الاطلاق وممن منعه أبو حنيفة والشافعي وأحمد وممن أجازه باطلاق عطاء بن أبي رباح وابن أبي مليكة ولا يجوز عند مالك أن يعلم البائع الكيل ويبيع المكيل جزافا ممن يجهل الكيل ولا يجوز عند الشافعي وأبي حنيفة والمزابنة المنهي عنها هي عند مالك من هذا الباب وهي بيع مجهول الكمية بمجهول الكمية وذلك أما في الربويات فلموضع التفاضل وأما في غير الربويات فلعدم تحقق القدر

﴿ الباب الرابع في بيوع الشروط والثنيا ﴾

وهذه البيوع الفساد الذي يكون فيها هو راجع الى الفساد الذي يكون من قبل الغرور ولكن لما تضمنها النص وجب ان تجعل قسما من أقسام البيوع الفاسدة على حدة والاصل في اختلاف الناس في هذا الباب ثلاثة أحاديث أحدها حديث جابر قال ابتاع مني رسول الله صلى الله عليه وسلم بعيرا وشرط ظهره الى المدينة وهذا الحديث في الصحيح والحديث الثاني حديث بريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط والحديث متفق على صحته والثالث حديث جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والمعاومة والثنيا ورخص في العرايا وهو أيضا في الصحيح خرجه مسلم ومن هذا الباب ماروى عن أبي حنيفة انه روى أن رسول الله

صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط فاختلف العلماء لتعارض هذه الاحاديث فى
بيع وشرط فقال قوم البيع فاسد والشرط فاسد وممن قال بهذا القول الشافعى
وأبو حنيفة وقال قوم البيع جائز والشرط جائز وممن قال بهذا القول ابن أبى شبرمة
وقال قوم البيع جائز والشرط باطل وممن قال بهذا القول ابن أبى ليلى وقال أحمد
البيع جائز مع شرط واحد وأما مع شرطين فلا فمن أبطل البيع والشرط أخذ بعموم
نهيه عن بيع وشرط ولعموم نهيه عن الثنيا ومن أجازهما جميعا أخذ بحديث جابر
الذى ذكر فيه البيع والشرط ومن أجاز البيع وأبطل الشرط أخذ بعموم حديث
بريرة ومن لم يجز الشرطين وأجاز الواحد احتج بحديث عمرو بن العاص خرجه
أبو داود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع ولا يجوز شرطان فى
بيع ولا ربح مالم تضمن ولا بيع ماليس هو عندك وأما مالك فالشروط عنده تنقسم
ثلاثة أقسام شروط تبطل هى والبيع معا وشروط تجوز هى والبيع معا وشروط
تبطل ويثبت البيع وقد يظن ان عنده قسما رابعا وهو ان من الشروط ما ان تمسك
المشترط بشرطه بطل البيع وان تركه جاز البيع واعطاء فروق بينة فى مذهبه بين
هذه الاصناف الاربعة عسير وقد رام ذلك كثير من الفقهاء وانما هى راجعة الى
كثرة مايتضمن الشروط من صنفى الفساد الذى يخل بصحة البيوع وهى الربا والغرر
والى قلته والى التوسط بين ذلك أو الى مايفيد نقصا فى الملك فما كان دخول هذه
الاشياء فيه كثيرا من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط وما كان قليلا أجازه وأجاز
الشرط فيها وما كان متوسطا أبطل الشرط وأجاز البيع ويرى أصحابه ان مذهبه
هو أولى المذاهب اذ بمذهبه تجتمع الاحاديث كلها والجمع عندهم أحسن من الترجيح
وللمتأخرين من أصحاب مالك فى ذلك تفصيلات متقاربة وأحد من له ذلك جدى
والمازرى والباجى وتفصيله فى ذلك ان قال ان الشرط فى المبيع يقع على ضربين
أولين أحدهما ان يشترطه بعد انقضاء الملك مثل من يبيع الامة أو العبد
ويشترط انه متى عتق كان له ولاؤه دون المشترى فمثل هذا قالوا يصح فيه العقد
ويبطل الشرط لحديث بريرة والقسم الثانى ان يشترط عليه شرطا يقع فى مدة الملك
وهذا قالوا ينقسم الى ثلاثة أقسام اما ان يشترط فى المبيع منفعة لنفسه واما ان يشترط على

المشترى منعا من تصرف عام أو خاص واما ان يشترط ايقاع معنى فى المبيع وهذا أيضا ينقسم الى قسمين أحدهما ان يكون معنى من معانى البر والثانى ان يكون معنى ليس فيه من البر شئ فأما اذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف فى أصل المبيع مثل ان يبيع الدار ويشترط سكناها مدة يسيرة مثل الشهر وقيل السنة فذلك جائز على حديث جابر واما ان يشترط منعا من تصرف خاص أو عام فذلك لا يجوز لانه من الثنيا مثل أن يبيع الامة على ان لا يطأها أو لا يبيعها واما أن يشترط معنى من معانى البر مثل العتق فان كان اشترط تعجيله جاز عنده وان تأخر لم يجز لعظم الغرر فيه وبقول مالك فى اجازة البيع بشرط العتق المعجل قال الشافعى على ان من قوله منع بيع وشرط وحديث جابر عنده مضطرب اللفظ لان فى بعض رواياته انه باعه واشترط ظهره الى المدينة وفى بعضها انه أعاره ظهره الى المدينة ومالك رأى هذا من باب الغرر اليسير فأجازه فى المدة القليلة ولم يجزه فى الكثيرة وأما أبو حنيفة فعلى أصله فى منع ذلك وأما ان اشترط معنى فى المبيع ليس ببر مثل أن لا يبيعها فذلك لا يجوز عند مالك وقيل عنه البيع مفسوخ وقيل بل يبطل الشرط فقط وأما من قال له البائع متى جئتك بالثمن رددت على المبيع فانه لا يجوز عند مالك لانه يكون مترددا بين البيع والسلف ان جاء بالثمن كان سلفا وان لم يجئ كان بيعا واختلف فى المذهب هل يجوز ذلك فى الاقالة أم لا فمن رأى ان الاقالة بيع فسخها عنده ما يفسخ سائر البيوع ومن رأى انها فسخ فرق بينها وبين البيوع واختلف أيضا فيمن باع شيئا بشرط أن لا يبيعه حتى ينتصف من الثمن فقيل عن مالك يجوز ذلك لان حكمه حكم الرهن ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الرهن هو المبيع أو غيره وقيل عن ابن القاسم لا يجوز ذلك لانه شرط يمنع المبتاع التصرف فى المبيع المدة البعيدة التى لا يجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها فوجب ان يمنع صحة البيع ولذلك قال ابن المواز انه جائز فى الامد القصير ومن المسموع فى هذا الباب نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف اتفق الفقهاء على انه من البيوع الفاسدة واختلفوا اذا ترك الشرط قبل القبض فمنعه أبو حنيفة والشافعى وسائر العلماء وأجازه مالك وأصحابه الا محمد بن عبد الحكم وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور وحجة الجمهور ان

النهى يتضمن فساد المنهى عنه مع ان الثمن يكون فى المبيع مجهولا لاقتران السلف به وقد روى ان محمد ابن أحمد بن سهل البرمكى سأل عن هذه المسئلة اسماعيل بن اسحق المالكى فقال له ما الفرق بين السلف والبيع و بين رجل باع غلاما بمائة دينار وزق خمر فلما عقد البيع قال أنا أدع الزق قال وهذا البيع مفسوخ عند العلماء باجماع فأجاب اسماعيل عن هذا بجواب لا تقوم به حجة وهو ان قال له الفرق بينهما ان مشترط السلف هو مخير فى تركه أو عدم تركه وليس كذلك مسئلة زق الخمر وهذا الجواب هو نفس الشئ الذى طولب فيه بالفرق وذلك انه يقال له لم كان هنا مخيرا ولم يكن هنالك مخيرا فى ان يترك الزق و يصح البيع والاشبه ان يقال ان التحريم ههنا لم يكن لشئ محرم بعينه وهو السلف لان السلف مباح وانما وقع التحريم من أجل الاقتران أعنى اقتران البيع به وكذلك البيع فى نفسه جائز وانما امتنع من قبل اقتران الشرط به وهنالك انما امتنع البيع من أجل اقتران شئ محرم لعينه به لانه شئ محرم من قبل الشرط ونكتة المسئلة هل اذا لحق الفساد بالبيع من قبل الشرط يرتفع الفساد اذا ارتفع الشرط أم لا يرتفع كما لا يرتفع الفساد اللاحق للبيع الحلال من أجل اقتران المحرم العين به وهذا أيضا ينبنى على أصل آخر هو هل هذا الفساد حكمى أو معقول فان قلنا حكمى لم يرتفع بارتفاع الشرط وان قلنا معقول ارتفع بارتفاع الشرط فمالك رآه معقولا والجمهور رأوه غير معقول والفساد الذى يوجد فى بيوع الربا والغرر هو أكثر ذلك حكمى ولذلك ليس ينعقد عندهم أصلا وان ترك الربا بعد البيع أو ارتفع الغرر واختلفوا فى حكمه اذا وقع على ما سيأتى فى أحكام البيوع الفاسدة ومن هذا الباب بيع العربان فجمهور علماء الامصار على انه غير جائز وحكى عن قوم من التابعين انهم أجازوه منهم مجاهد وابن سيرين ونافع ابن الحرث وزيد بن أسلم وصورته ان يشترى الرجل شيأ فيدفع الى المبتاع من ثمن ذلك المبيع شيأ على انه ان نفذ البيع بينهما كان ذلك المدفوع من ثمن السلعة وان لم ينفذ ترك المشترى ذلك الجزء من الثمن عند البائع ولم يطالبه به وانما صار الجمهور الى منعه لانه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض وكان زيد يقول أجازه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أهل الحديث ذلك غير معروف عن رسول

الله صلى الله عليه وسلم وفى الاستثناء مسائل مشهورة من هذا الباب اختلف
الفقهاء فيها أعنى هل تدخل تحت النهى عن الثنيا أم ليس تدخل فمن ذلك ان يبيع
الرجل حاملا و يستثنى ما فى بطنها فجمهور فقهاء الامصار مالك وأبو حنيفة والشافعى
والثورى على انه لا يجوز وقال أحمد وأبو ثور وداود ذلك جائز وهو مروى عن ابن
عمر وسبب الخلاف هل المستثنى مبيع مع ما استثنى منه أم ليس بمبيع وانما
هو باق على ملك البائع فمن قال مبيع قال لا يجوز وهو من الثنيا المنهى عنها لما فيها
من الجهل بصفته وقلة الثقة بسلامة خروجه ومن قال هو باق على ملك البائع
أجاز ذلك وتحصيل مذهب مالك فيمن باع حيوانا واستثنى بعضه ان ذلك البعض
لا يخلو ان يكون شائعا أو معينا أو مقدرا فان كان شائعا فلا خلاف فى جوازه مثل
ان يبيع عبدا الا ربعه وأما ان كان معينا فلا يخلو ان يكون مغيبا مثل الجنين
أو يكون غير مغيب فان كان مغيبا فلا يجوز وان كان غير مغيب كالرأس واليد
والرجل فلا يخلو الحيوان ان يكون مما يستباح ذبحه أو لا يكون فان كان مما لا يستباح
ذبحه فانه لا يجوز لانه لا يجوز ان يبيع أحد غلاما و يستثنى رجله لان حقه غير
متميز ولا متبعض وذلك مما لا خلاف فيه وان كان الحيوان مما يستباح ذبحه
فان باعه واستثنى منه عضوا له قيمة بشرط الذبح ففى المذهب فيه قولان أحدهما
انه لا يجوز وهو المشهور والثانى يجوز وهو قول ابن حبيب جوز بيع الشاة مع
استثناء القوائم والرأس وأما اذا لم يكن للمستثنى قيمة فلا خلاف فى جوازه فى
فى المذهب ووجه قول مالك انه ان كان استثناؤه بجلده فما تحت الجلد مغيب
وان كان لم يستثنه بجلده فانه لا يدرى بأى صفة يخرج له بعد كشط الجلد عنه ووجه
قول ابن حبيب انه استثنى عضوا معينا معلوما فلم يضره ما عليه من الجلد أصله شراء
الحب فى سنبله والجوز فى قشره وأما ان كان المستثنى من الحيوان بشرط الذبح
اما عرفا واما ملفوظا به جزأ مقدرا مثل أرطال من جزور فعن مالك فى ذلك روايتان
احداهما المنع وهى رواية ابن وهب والثانية الاجازة فى الارطال اليسيرة فقط
وهى رواية ابن القاسم وأجمعوا من هذا الباب على جواز بيع الرجل ثمر حائطه
واستثناء نخلات معينات منه قياسا على جواز شرائها واتفقوا على انه لا يجوز ان

يستثنى من حائط له عدة نخلات غير معينات الا بتعيين المشترى لها بعد البيع لانه بيع مالم يره المتبايعان واختلفوا فى الرجل يبيع الحائط ويستثنى منه عدة نخلات بعد البيع فمنعه الجهور لمكان اختلاف صفة النخيل وروى عن مالك اجازته ومنع ابن القاسم قوله فى النخلات واجازه فى استثناء الغنم وكذلك اختلف قول مالك وابن القاسم فى شراء نخلات معدودة من حائطه على ان يعينها بعد الشراء المشترى فأجازه مالك ومنعه ابن القاسم وكذلك اختلفوا اذا استثنى البائع مكيلة من حائط قال أبو عمر ابن عبد البر فمنع ذلك الفقهاء الامصار الذين تدور الفتوى عليهم وألفت الكتاب على مذاهبهم لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الثنيا فى البيع لانه استثناء مكيل من جزاف وأما مالك وسلفه من أهل المدينة فانهم أجازوا ذلك فيما دون الثلث ومنعوه فيما فوقه وحملوا النهى عن الثنيا على ما فوق الثلث وشبهوا بيع ماعدا المستثنى ببيع الصبرة التى لا يعلم مبلغ كيلها فتباع جزافا ويستثنى منها كيل ما وهذا الاصل أيضا مختلف فيه أعنى اذا استثنى منها كيل معلوم واختلف العلماء من هذا الباب فى بيع واجارة معا فى عقد واحد فأجازه مالك وأصحابه ولم يجزه الكوفيون ولا الشافعى لان الثمن يرون انه يكون حينئذ مجهولا ومالك يقول اذا كانت الاجارة معلومة لم يكن الثمن مجهولا وربما رآه الذين منعوه من باب بيعتين فى بيعة وأجمعوا على أنه لا يجوز السلف والبيع كما قلنا واختلف قول مالك فى اجازة السلف والشركة فمرة أجاز ذلك ومرة منعه وهذه كلها اختلف العلماء فيها لاختلافها بالاقل والاكثر فى وجود علل المنع فيها المنصوص عليها فمن قويت عنده علة المنع فى مسئلة منها منعها ومن لم تقو عنده أجازها وذلك راجع الى ذوق المجتهد لان هذه المواد يتجاذب القول فيها الى الضدين على السواء عند النظر فيها ولعل فى أمثال هذه المواد يكون القول بتصويب كل مجتهد صوابا ولهذا ذهب بعض العلماء فى أمثال هذه المسائل الى التخيير

(الباب الخامس فى البيوع المنهى عنها من أجل الضرر أو الغبن)

والمسموع من هذا الباب ما ثبت من نهيه صلى الله عليه وسلم عن أن يبيع الرجل على بيع أخيه وعن أن يسوم أحد على سوم أخيه ونهيه عن تلقى الركبان ونهيه

عن أن يبيع حاضر الباد ونهيه عن النجش وقد اختلف العلماء في تفصيل معاني هذه الآثار اختلافا ليس بمتباعد فقال مالك معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يبع بعضكم على بيع بعض ومعنى نهيه عن أن يسوم أحد على سوم أخيه واحد وهي في الحالة التي اذا ركن البائع فيها الى السائم ولم يبق بينهما الا شئ يسير مثل اختيار الذهب أو اشتراط العيوب أو البراءة منها وبمثل تفسير مالك فسر أبو حنيفة هذا الحديث وقال الثوري معنى لا يبع بعضكم على بيع بعض أن لا يطرأ رجل آخر على المتبايعين فيقول عندي خير من هذه السلعة ولم يحد وقت ركون ولا غيره وقال الشافعي معنى ذلك اذا تم البيع باللسان ولم يفترقا فأتى أحد يعرض عليه سلعة له هي خير منها وهذا بناء على مذهبه في أن البيع انما يلزم بالافتراق فهو ومالك متفقان على أن النهي انما يتناول حالة قرب لزوم البيع ومختلفان في هذه الحالة ما هي لاختلافهما فيما به يكون اللزوم في البيع على ما سنذكره بعد وفقهاء الامصار على أن هذا البيع يكره وان وقع مضى لانه سوم على بيع لم يتم وقال داود وأصحابه ان وقع فسخ في أي حالة وقع تمسكا بالعموم وروى عن مالك وعن بعض أصحابه فسخه مالم يفت وأنكر ابن الماجشون ذلك في البيع فقال وانما قال بذلك مالك في النكاح وقد تقدم ذلك واختلفوا في دخول الذمي في النهي عن سوم أحد على سوم غيره فقال الجمهور لا فرق في ذلك بين الذمي وغيره وقال الاوزاعي لا بأس بالسوم على سوم الذمي لانه ليس بأخي المسلم وقد قال صلى الله عليه وسلم لا يسم أحد على سوم أخيه ومن ههنا منع قوم بيع المزايدة وان كان الجمهور على جوازه وسبب الخلاف بينهم هل يحمل هذا النهي على الكراهة أو على الحظر ثم اذا حمل على الحظر فهل يحمل على جميع الاحوال أو في حالة دون حالة

﴿فصل﴾ وأما نهيه عن تلقي الركبان للبيع فاختلفوا في مفهوم النهي ما هو فرأى مالك أن المقصود بذلك أهل الاسواق لئلا ينفرد المتلقي برخص السلعة دون أهل الاسواق ورأى أنه لا يجوز أن يشتري أحد سلعة حتى تدخل السوق هذا اذا كان التلقي قريبا فان كان بعيدا فلا بأس به وحد القرب في المذهب بنحو من ستة أميال ورأى انه اذا وقع جاز ولكن يشرك المشتري أهل الاسواق في تلك السلعة التي

من شأنها أن يكون ذلك سوقها وأما الشافعي فقال ان المقصود بالنهي انما هو لاجل البائع لئلا يغبنه الملتقى لان البائع يجهل سعر البلد وكان يقول اذا وقع فرب السلعة بالخيار ان شاء أنفذ البيع أو رده ومذهب الشافعي هو نص في حديث أبي هريرة الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال عليه الصلاة والسلام لا تتلقوا الجلب فمن تلقى منه شيأ فاشتراه فصاحبه بالخيار اذا أتى السوق خرجه مسلم وغيره

﴿فصل﴾ وأما نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحاضر للبادى فاختلف العلماء في معنى ذلك فقال قوم لا يبيع أهل الحضر لاهل البادية قولا واحدا واختلف عنه في شراء الحضرى للبدوى فمرة أجازه وبه قال ابن حبيب ومرة منعه وأهل الحضر عندهم الامصار وقد قيل عنه انه لا يجوز ان يبيع أهل القرى لاهل العمود المنتقلين و بمثل قول مالك قال الشافعي والاوزاعي وقال أبو حنيفة وأصحابه لا بأس ان يبيع الحاضر للبادى ويخبره بالسعر وكرهه مالك أعني ان يخبر الحضرى البادى بالسعر وأجازه الاوزاعي والذين منعوه اتفقوا على ان القصد بهذا النهي هو ارفاق أهل الحضر لان الاشياء عند أهل البادية أيسر من أهل الحاضرة وهي عندهم أرخص بل أكثر ما يكون مجانا عندهم أي بغير ثمن فكأنهم رأوا انه يكره ان ينصح الحضرى للبدوى وهذا مناقض لقوله عليه الصلاة والسلام الدين النصيحة وبهذا تمسك في جوازه أبو حنيفة وحجة الجمهور حديث جابر خرجه مسلم وأبو داود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يبيع حاضر لباد ذروا الناس يرزق الله بعضهم من بعض وهذه الزيادة انفرد بها أبو داود فيما أحسب والاشبه ان يكون من باب غبن البدوى لانه يرد والسعر مجهول عنده الا ان تثبت هذه الزيادة ويكون على هذا معنى الحديث معنى النهي عن تلقى الركبان على ما تأوله الشافعي وجاء في الحديث الثابت واختلفوا اذا وقع فقال الشافعي اذا وقع فقد تم وجاز البيع لقوله عليه الصلاة والسلام دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض واختلف في هذا المعنى أصحاب مالك فقال بعضهم يفسخ وقال بعضهم لا يفسخ

﴿فصل﴾ وأما نهيه عليه الصلاة والسلام عن النجش فاتفق العلماء على منع ذلك وأن النجش هو ان يزيد أحد في سلعة وليس في نفسه شراؤها يريد بذلك ان ينفع

البائع ويضر المشترى واختلفوا اذا وقع هـذا البيع فقال أهل الظاهر هو فاسد وقال مالك هو كالعيب والمشترى بالخيار ان شاء أن يرد رد وان شاء أن يمسك أمسك وقال أبو حنيفة والشافعى ان وقع أثم وجاز البيع وسبب الخلاف هل يتضمن النهى فساد المنهى وان كان النهى ليس فى نفس الشئ بل من خارج فمن قال يتضمن فسخ البيع لم يجزه ومن قال ليس يتضمن أجازه والجمهور على أن النهى اذا ورد لمعنى فى المنهى عنه أنه يتضمن الفساد مثل النهى عن الربا والغرر واذا ورد الامر من خارج لم يتضمن الفساد ويشبه أن يدخل فى هذا الباب نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الماء لقوله عليه والصلاة والسلام فى بعض ألفاظه أنه نهى عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلأ وقال أبو بكر بن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الماء ونهى عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلأ وقال لا يمنع رهو بئر ولا بيع ماء واختلف العلماء فى تأويل هذا النهى فحمله جماعة من العلماء على عمومه فقالوا لا يحل بيع الماء بحال كان من بئر أو غدير أو عين فى أرض مملكة أو غير مملكة غير انه ان كان متملكا كان أحق بمقدار حاجته منه وبه قال يحيى بن يحيى قال أربع لا أرى أن يمنع الماء والنار والحطب والكلأ وبعضهم خصص هذه الاحاديث لمعارضة الاصول لها وهو أنه لا يحل مال أحد الا بطيب نفس منه كما قال عليه الصلاة والسلام وانعقد عليه الاجماع والذين خصصوا هذا المعنى اختلفوا فى جهة تخصيصه فقال قوم معنى ذلك ان البئر يكون بين الشريكين يسقى هذا يوما وهذا يوما فيروى زرع أحدهما فى بعض يومه ولا يروى فى اليوم الذى لشريكه زرعه فيجب عليه أن لا يمنع شريكه من الماء بقية ذلك اليوم وقال بعضهم انما تأويل ذلك فى الذى يزرع على مائة فتنهار بئره ولجاره فضل ماء انه ليس لجاره أن يمنعه فضل مائه الى أن يصلح بئره والتأويلان قريبان ووجه التأويلين انهم حملوا المطلق فى هذين الحديثين على المقيد وذلك انه نهى عن بيع الماء مطلقا ثم نهى عن منع فضل الماء فحملوا المطلق فى هـذا الحديث على المقيد وقالوا الفضل هو الممنوع فى الحديثين وأما مالك فأصل مذهبه ان الماء متى كان فى أرض متملكة منبعه فهو لصاحب الارض له بيعه ومنعه الا أن يرد عليه قوم لا ثمن معهم ويخاف عليهم الهلاك وحمل الحديث على آبار الصحراء التى تتخذ

فى الارضين الغير متملكة فرأى ان صاحبها أعنى الذى حفرها أولى بها فاذا روت ماشيته ترك الفضل للناس وكأنه رأى ان البئر لا تملك بالاحياء ومن هذا الباب التفرقة بين الوالدة وولدها وذلك أنهم اتفقوا على منع التفرقة فى المبيع بين الام وولدها لثبوت قوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة واختلفوا من ذلك فى موضعين فى وقت جواز التفرقة وفى حكم البيع اذا وقع فاما حكم البيع فقال مالك يفسخ وقال الشافعى وأبو حنيفة لا يفسخ وأثم البائع والمشترى وسبب الخلاف هل النهى يقتضى فساد المنهى اذا كان لعلة من خارج وأما الوقت الذى ينتقل فيه المنع الى الجواز فقال مالك حد ذلك الاثغار وقال الشافعى حد ذلك سبع سنين أو ثمان وقال الاوزاعى حده فوق عشرة سنين وذلك أنه اذا نفع نفسه واستغنى فى حياته عن أمه ومما يلحق بهذا الباب اذا وقع فى البيع غبن لا يتغابن الناس بمثله هل يفسخ البيع أم لا فالمشهور فى المذهب أن لا يفسخ وقال عبد الوهاب اذا كان فوق الثلث رد وحكاه عن بعض أصحاب مالك وجعله عليه الصلاة والسلام الخيار لصاحب الجلب اذا تلقى خارج المصر دليل على اعتبار الغبن وكذلك ما جعل لمنقذ بن حبان من الخيار ثلاثا لما ذكر له أنه يغبن فى البيوع ورأى قوم من السلف الأول أن حكم الوالد فى ذلك حكم الوالدة وقوم رأوا ذلك فى الاخوة

(الباب السادس فى النهى من قبل وقت العبادات)

وذلك انما ورد فى الشرع فى وقت وجوب المشى الى الجمعة فقط لقوله تعالى (اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع) وهذا أمر مجمع عليه فيما أحسب أعنى منع البيع عند الاذان الذى يكون بعد الزوال والامام على المنبر واختلفوا فى حكمه اذا وقع هل يفسخ أولا يفسخ فان فسخ فعلى من يفسخ وهل يلحق سائر العقود فى هذا المعنى بالبيع أم لا يلحق فالمشهور عن مالك انه يفسخ وقد قيل لا يفسخ وهذا مذهب الشافعى وأبى حنيفة وسبب الخلاف كما قلنا غير مامرة هل النهى الوارد لسبب من خارج يقتضى فساد المنهى عنه أو لا يقتضيه وأما على من يفسخ فعند مالك على من تجب عليه الجمعة لا على من لا تجب عليه وأما أهل الظاهر

فتقضى أصولهم أن يفسخ على كل بائع وأما سائر العقود فيحتمل أن تلحق بالبيوع لان فيها المعنى الذى فى البيع من الشغل به عن السعى الى الجمعة ويحتمل أن لا يلحق بها لأنها تقع فى هذا الوقت نادرا بخلاف البيوع وأما سائر الصلوات فيمكن أن تلحق بالجمعة على جهة الندب لمرتقب الوقت فاذا فات فعلى جهة الحظر وان كان لم يقل به أحد فى مبلغ علمى ولذلك مدح الله تاركى البيوع لمكان الصلاة فقال تعالى (رجال لا تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله وإقام الصلاة وايتاء الزكاة) واذ قد أثبتت أسباب الفساد العامة للبيوع فلنصر الى ذكر الاسباب والشروط المصححة له وهو القسم الثانى من النظر العام فى البيوع

﴿القسم الثانى﴾ والاسباب والشروط المصححة للبيع هى بالجملة ضد الاسباب المفسدة له وهى منحصرة فى ثلاثة اجناس النظر الاول فى العقد والثانى فى المعقود عليه والثالث فى العاقدين ففى هذا القسم ثلاثة أبواب

(الباب الاول فى العقد)

والعقد لا يصح الا بألفاظ البيع والشراء التى صيغتها ماضية مثل أن يقول البائع قد بعت منك ويقول المشترى قد اشتريت منك واذا قال له بعنى سلعتك بكذا وكذا فقال قد بعتها فعند مالك ان البيع قد وقع وقد لزم المستفهم الا أن يأتى فى ذلك بعذر وعند الشافعى أنه لا يتم البيع حتى يقول المشترى قد اشتريت وكذلك اذا قال المشترى للبائع بكم تبيع سلعتك فيقول المشترى بكذا وكذا فقال قد اشتريت منك اختلف هل يلزم البيع أم لا حتى يقول قد بعتها منك وعند الشافعى انه يقع البيع بالالفاظ الصريحة وبالكناية ولا أذكر لمالك فى ذلك قولا ولا يكفى عند الشافعى المعاطاة دون قول ولا خلاف فيما أحسب ان الايجاب والقبول المؤثرين فى اللزوم لا يتراخى أحدهما عن الثانى حتى يفترق المجلس أعنى انه متى قال البائع قد بعت سلعتى بكذا وكذا فسكت المشترى ولم يقبل البيع حتى افترقا ثم أتى بعد ذلك فقال قد قبلت أنه لا يلزم ذلك البائع واختلفوا متى يكون اللزوم فقال مالك وأبو حنيفة وأصحابهما وطائفة من أهل المدينة ان البيع يلزم فى المجلس بالقول وان لم يفترقا وقال الشافعى وأحمد واسحق وأبو ثور وداود وابن عمر من الصحابة رضى الله عنهم البيع لازم بالافتراق من المجلس

وانهما مهما لم يفترقا فليس يلزم البيع ولا ينعقد وهو قول ابن أبى ذئب فى طائفة من أهل المدينة وابن المبارك وسوار القاضى وشريح القاضى وجماعة من التابعين وغيرهم وهو مروى عن ابن عمر وأبى برزة الاسلامى من الصحابة ولا مخالف لهما من الصحابة وعمدة المشترطين لخيار المجلس حديث مالك عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه مالم يفترقا الا بيع الخيار وفى بعض روايات هذا الحديث الا أن يقول أحدهما لصاحبه اختر وهذا حديث اسناده عند الجميع من أوثق الاسانيد وأصحها حتى لقد زعم أبو محمد ان مثل هذا الاسناد يوقع العلم وان كان من طريق الآحاد وأما المخالفون فقد اضطرب بهم وجه الدليل لمذهبهم فى رد العمل بهذا الحديث فالذى اعتمد عليه مالك رحمه الله فى رد العمل به انه لم يلف عمل أهل المدينة عليه مع أنه قد عارضه عنده مارواه من منقطع حديث ابن مسعود أنه قال أيما بيعين تبايعا فالقول قول البائع أو يترادان فكأنه حمل هذا على عمومه وذلك يقتضى أن يكون فى المجلس و بعد المجلس ولو كان المجلس شرطا فى انعقاد البيع لم يكن يحتاج فيه الى تبيين حكم الاختلاف فى المجلس لان البيع بعد لم ينعقد ولا لزم بل بعد الافتراق من المجلس وهذا الحديث منقطع ولا يعارض به الاول وبخاصة أنه لا يعارضه الا مع توهم العموم فيه والاولى أن يبنى هذا على ذلك وهذا الحديث لم يخرجه أحد مسندا فيما أحسب فهذا هو الذى اعتمده مالك رحمه الله فى ترك العمل بهذا الحديث وأما أصحاب مالك فاعتمدوا فى ذلك على ظواهر سمعية وعلى القياس فمن أظهر الظواهر فى ذلك قوله عز وجل (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) والعقد هو الايجاب والقبول والامر على الوجوب وخيار المجلس يوجب ترك الوفاء بالعقد لان له عندهم أن يرجع فى البيع بعد ما أنعم مالم يفترقا وأما القياس فانهم قالوا عقد معاوضة فلم يكن لخيار المجلس فيه أثر أصله سائر العقود مثل النكاح والكتابة والخلع والرهون والصلح على دم العمد فلما قيل لهم ان الظواهر التى تحتجون بها يخصصها الحديث المذكور فلم يبق لكم فى مقابلة الحديث الا القياس فيلزمكم على هذا أن تكونوا ممن يرى تغليب القياس على الاثر وذلك مذهب مهجور عند المالكية وان كان

قد روى عن مالك تغليب القياس على السماع مثل قول أبى حنيفة فاجابوا عن ذلك بان هذا ليس من باب رد الحديث بالقياس ولا تغليب وانما هو من باب تأويله وصرفه عن ظاهره قالوا وتأويل الظاهر بالقياس متفق عليه عند الاصوليين قالوا ولنا فيه تأويلان أحدهما ان المتبايعين فى الحديث المذكور هما المتساومان اللذان لم ينفذ بينهما البيع فقيل لهم انه يكون الحديث على هذا لا فائدة فيه لانه معلوم من دين الامة انهما بالخيار اذ لم يقع بينهما عقد بالقول وأما التأويل الآخر فقالوا ان التفرق ههنا انما هو كناية عن الافتراق بالقول لا التفرق بالأبدان كما قال الله تعالى (وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته) والاعتراض على هذا ان هذا مجاز لا حقيقة والحقيقة هى التفرق بالابدان ووجه الترجيح أن يقاس بين ظاهر هذا اللفظ والقياس فيغلب الاقوى والحكمة فى ذلك هى لموضع الندم فهذه هى أصول الركن الاول الذى هو العقد

﴿وأما الركن الثانى﴾ الذى هو المعقود عليه فانه يشترط فيه سلامته من الغرر والربا وقد تقدم المختلف فى هذه من المتفق عليه وأسباب الاختلاف فى ذلك فلا معنى لتكراره والغرر ينتفى عن الشئ بأن يكون معلوم الوجود معلوم الصفة معلوم القدر مقدورا على تسليمه وذلك فى الطرفين الثمن والمثمون معلوم الاجل أيضا ان كان بيعا مؤجلا

﴿وأما الركن الثالث﴾ وهما العاقدان فانه يشترط فيهما أن يكونا مالكين تامى الملك أو وكيلين تامى الوكالة بالغين وأن يكونا مع هذا غير محجور عليهما أو على أحدهما اما لحق أنفسهما كالسفيه عند من يرى التحجير عليه أو لحق الغير كالعبد الا أن يكون العبد مأذونا له فى التجارة واختلفوا من هذا فى بيع الفضولى هل ينعقد أم لا وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط ان رضى به صاحب المال أمضى البيع وان لم يرض فسخ وكذلك فى شراء الرجل للرجل بغير اذنه على أنه ان رضى المشترى صح الشراء والا لم يصح فمنعه الشافعى فى الوجهين جميعا وأجازه مالك فى الوجهين جميعا وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء فقال يجوز فى البيع ولا يجوز فى الشراء وعمدة المالكية ماروى ان النبى صلى الله عليه وسلم دفع الى عروة البارقى دينارا وقال اشتر

لنا من هذا الجلب شاة قال فاشتريت شاتين بدينار و بعت احدى الشاتين بدينار وجئت بالشاة والدينار فقلت يارسول الله هذه شاتكم ودينارکم فقال اللهم بارك له فى صفقة يمينه ووجه الاستدلال منه أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يأمره فى الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيع فصار ذلك حجة على أبى حنيفة فى صحة الشراء للغير وعلى الشافعى فى الامرين جميعا وعمدة الشافعى النهى الوارد عن بيع الرجل ماليس عنده والمالكية تحمله على بيعه لنفسه لا لغيره قالوا والدليل على ذلك ان النهى انما ورد فى حكيم بن حزام وقضيته مشهورة وذلك انه كان يبيع لنفسه ماليس عنده وسبب الخلاف المشهورة هل اذا ورد النهى على سبب حمل على سببه أو يعم فهذه هى أصول هذا القسم و بالجملة فالنظر فى هذا القسم هو منطو بالقوّة فى الجزء الاول ولكن النظر الصناعى الفقهى يقتضى أن يفرد بالتكلم فيه واذ قد تكلمنا فى هذا الجزء بحسب غرضنا فلنصر الى القسم الثالث وهو القول فى الاحكام العامة للبيوع الصحيحة

﴿ القسم الثالث القول فى الاحكام العامة للبيوع الصحيحة ﴾ وهذا القسم تنحصر أصوله التى لها تعلق قريب بالمسموع فى أربع جمل الجملة الاولى فى أحكام وجود العيب فى المبيعات والجملة الثانية فى الضمان فى المبيعات متى ينتقل من ملك البائع الى ملك المشترى والثالثة فى معرفة الاشياء التى تتبع المبيع مما هى موجودة فيه فى حين البيع من التى لا تتبعه والرابعة فى اختلاف المتبايعين وان كان الأليق به كتاب الاقضية وكذلك أيضا من أبواب أحكام البيوع الاستحقاق وكذلك الشفعة هى أيضا من الاحكام الطارئة عليه لكن جرت العادة ان يفردها كتاب

﴿ الجلة الأولى ﴾ وهذه الجلة فيها بابان الباب الاوّل فى أحكام وجود العيوب فى البيع المطلق والباب الثانى فى أحكامها فى البيع بشرط البراءة

(الباب الاول فى أحكام العيوب فى البيع المطلق)

والاصل فى وجوب الرد بالعيب قوله تعالى (الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وحديث المصراة المشهور ولما كان القائم بالعيب لا يخلو أن يقوم فى عقد يوجب الرد أو يقوم فى عقد لا يوجب ذلك ثم اذا قام فى عقد يوجب الرد

فلا يخلو أيضا أن يقوم بعيب يوجب حكما أولا يوجبه ثم ان قام بعيب يوجب حكما فلا يخلو المبيع أيضا أن يكون قد حدث فيه تغير بعد البيع أولا يكون فان كان لم يحدث فما حكمه وان كان حدث فيه فكم أصناف التغييرات وما حكمها كانت الفصول المحيطة باصول هذا الباب خمسة الفصل الاول فى معرفة العقود التى يجب فيها بوجود العيب حكم من التى لا يجب ذلك فيها الثانى فى معرفة العيوب التى توجب الحكم وما شرطها الموجب للحكم فيها الثالث فى معرفة حكم العيب الموجب اذا كان المبيع لم يتغير الرابع فى معرفة أصناف التغيرات الحادثة عند المشترى وحكمها الخامس فى القضاء فى هذا الحكم عند اختلاف المتبايعين وان كان أليق بكتاب الاقضية

(الفصل الاول من الباب الاول)

أما العقود التى يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف فهى العقود التى المقصود منها المعاوضة كما أن العقود التى ليس المقصود منها المعاوضة لا خلاف أيضا فى أنه لا تأثير للعيب فيها كالهبات لغير الثواب والصدقة وأما ما بين هذين الصنفين من العقود أعنى ما جمع قصد المكارمة والمعاوضة مثل هبة الثواب فالاظهر فى المذهب أنه لا حكم فيها بوجود العيب وقد قيل يحكم به اذا كان العيب مفسدا

(الفصل الثانى)

وفى هذا الفصل نظران أحدهما فى العيوب التى توجب الحكم والنظر الثانى فى الشرط الموجب له

﴿ النظر الأول ﴾ فاما العيوب التى توجب الحكم فنها عيوب فى النفس ومنها عيوب فى البدن وهذه منها ما هى عيوب بان تشترط اضدادها فى المبيع وهى التى تسمى عيوبا من قبل الشرط ومنها ما هى عيوب توجب الحكم وان لم يشترط وجود اضدادها فى المبيع وهذه هى التى فقدها نقص فى أصل الخلقة وأما العيوب الاخر فهى التى اضدادها كمالات وليس فقدها نقصا مثل الصنائع وأ كثر ما يوجد هذا الصنف فى أحوال النفس وقد يوجد فى أحوال الجسم

والعيوب الجسمانية منها ماهى فى أجسام ذوات الانفس ومنها ماهى فى غير ذوات الانفس والعيوب التى لها تأثير فى العقد هى عند الجميع ما نقص عن الخلقة الطبيعية أو عن الخلق الشرعى نقصانا له تأثير فى ثمن المبيع وذلك يختلف بحسب اختلاف الازمان والعوائد والاشخاص فربما كان النقص فى الخلقة فضيلة فى الشرع كالخفاض فى الاماء والختان فى العبيد ولتقارب هذه المعانى فى شئ شئ مما يتعامل الناس به وقع الخلاف بين الفقهاء فى ذلك ونحن نذكر من هذه المسائل ما اشتهر الخلاف فيه بين الفقهاء ليكون ما يحصل من ذلك فى نفس الفقيه يعود كالقانون والدستور الذى يعمل عليه فيما لم يجد فيه نصا عمن تقدمه أو فيما لم يقف على نص فيه لغيره فمن ذلك وجود الزنا فى العبيد اختلف العلماء فيه فقال مالك والشافعى هو عيب وقال أبو حنيفة ليس بعيب وهو نقص فى الخلق الشرعى الذى هو العفة والزواج عند مالك عيب وهو من العيوب العائقة عن الاستعمال وكذلك الدين وذلك أن العيب بالجملة هو ما عاق فعل النفس أو فعل الجسم وهذا العائق قد يكون فى الشئ وقد يكون من خارج وقال الشافعى ليس الدين ولا الزواج بعيب فيما أحسب والحمل فى الرائعة عيب عند مالك وفى كونه عيبا فى الوخش خلاف فى المذهب والتصرية عند مالك والشافعى عيب وهو حقن اللبن فى الثدى أياما حتى يوهم ذلك أن الحيوان ذو لبن غزير وحجتهم حديث المصراة المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا تصروا الابل والبقر فمن فعل ذلك فهو بخير النظرين ان شاء أمسكها وان شاء ردها وصاعا من تمر قالوا فاثبت له الخيار بالرد مع التصرية وذلك دال على كونه عيبا مؤثرا قالوا وأيضا فانه مدلس فاشبه التدليس بسائر العيوب وقال أبو حنيفة وأصحابه ليست التصرية عيبا للاتفاق على أن الانسان اذا اشترى شاة فخرج لبنها قليلا ان ذلك ليس بعيب قالوا وحديث المصراة يجب أن لا يوجب عملا لمفارقته الاصول وذلك انه مفارق للاصول من وجوه فمنها أنه معارض لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وهو أصل متفق عليه ومنها ان فيه معارضة منع بيع طعام بطعام نسيئة وذلك لا يجوز باتفاق ومنها أن الاصل فى المتلفات اما القيم واما المثل واعطاء صاع من تمر فى لبن ليس

قيمة ولا مثلا ومنها بيع الطعام المجهول أى الجزاف بالمكيل المعلوم لان اللبن الذى دلس به البائع غير معلوم القدر وأيضا فانه يقل و يكثر والعوض ههنا محدود ولكن الواجب أن يستثنى هذا من هذه الاصول كلها لموضع صحة الحديث وهذا كأنه ليس من هذا الباب وانما هو حكم خاص ولكن اطرد اليه القول فلنرجع الى حيث كنا فنقول انه لا خلاف عندهم فى العور والعمى وقطع اليد والرجل انها عيوب مؤثرة وكذلك المرض فى أى عضو كان أو كان فى جملة البدن والشيب فى المذهب عيب فى الرائعة وقيل لا بأس باليسير منه فيها وكذلك الاستحاضة عيب فى الرقيق والوخش وكذلك ارتفاع الحيض عيب فى المشهور من المذهب والزعر عيب وأمراض الحواس والاعضاء كلها عيب باتفاق وبالجملة فأصل المذهب ان كل ما أثر فى القيمة أعنى نقص منها فهو عيب والبول فى الفراش عيب وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة ترد الجارية به ولا يرد العبد به والتأنيث فى الذكر والتذكير فى الانثى عيب هذا كله فى المذهب الاماذكرنا فيه الاختلاف

﴿ النظر الثانى ﴾ وأما شرط العيب الموجب للحكم به فهو أن يكون حادثا قبل أمد التبايع باتفاق أو فى العهدة عند من يقول بها فيجب ههنا أن نذكر اختلاف الفقهاء فى العهدة فنقول انفرد مالك بالقول بالعهدة دون سائر فقهاء الامصار وسلفه فى ذلك أهل المدينة الفقهاء السبعة وغيرهم ومعنى العهدة ان كل عيب حدث فيها عند المشترى فهو من البائع وهى عند القائلين بها عهدتان عهدة الثلاثة الايام وذلك من جميع العيوب الحادثة فيها عند المشترى وعهدة السنة وهى من العيوب الثلاثة الجذام والبرص والجنون فما حدث فى السنة من هذه الثلاث بالمبيع فهو من البائع وما حدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشترى على الاصل وعهدة الثلاث عند المالكية بالجملة بمنزلة أيام الخيار وأيام الاستبراء والنفقة فيها والضمان من البائع وأما عهدة السنة فالنفقة فيها والضمان من المشترى الا من الادواء الثلاثة وهذه العهدة عند مالك فى الرقيق وهى أيضا واقعة فى أصناف البيوع فى كل ما القصد منه المماكسة والمحاكرة وكان بيعا لا فى الذمة هذا ما لا خلاف فيه فى المذهب واختلف فى غير ذلك وعهدة السنة تحسب

عنده بعد عهدة الثلاث فى الاشهر من المذهب وزمان المواضعة يتداخل مع عهدة الثلاث ان كان زمان المواضعة أطول من عهدة الثلاث وعهدة السنة لا تتداخل مع عهدة الاستبراء هذا هو الظاهر من المذهب وفيه اختلاف وقال الفقهاء السبعة لا يتداخل منها عهدة مع ثانية فعهدة الاستبراء أولا ثم عهدة الثلاث ثم عهدة السنة واختلف أيضا عن مالك هل تلزم العهدة فى كل البلاد من غير أن يحمل أهلها عليها فروى عنه الوجهان فاذا قيل لا يلزم أهل هذه البلد الا أن يكونوا قد حملوا على ذلك فهل يجب أن يحمل عليها أهل كل بلد أم لا فيه قولان فى المذهب ولا يلزم النقد فى عهدة الثلاث وان اشترط و يلزم فى عهدة السنة والعلة فى ذلك انه لم يكمل تسليم البيع فيها للبائع قياسا على بيع الخيار لتردد النقد فيها بين السلف والبيع فهذه كلها مشهورات أحكام العهدة فى مذهب مالك وهى كلها فروع مبنية على صحة العهدة فانرجع الى تقرير حجج المثبتين لها والمبطلين أما عمدة مالك رحمه الله فى العهدة وحجته التى عول عليها فهى عمل أهل المدينة وأما أصحابه المتأخرون فانهم احتجوا بما رواه الحسن عن عقبة بن عامر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال عهدة الرقيق ثلاثة أيام وروى أيضا لا عهدة بعد أربع وروى هذا الحديث أيضا الحسن عن سمرة ابن جندب الفزارى رضى الله عنه وكلا الحديثين عند أهل العلم معلول فانهم اختلفوا فى سماع الحسن عن سمرة وان كان الترمذى قد صححه وأما سائر فقهاء الامصار فلم يصح عندهم فى العهدة أثر ورأوا انها لو صحت مخالفة للاصول وذلك أن المسلمين مجمعون على أن كل مصيبة تنزل بالمبيع قبل قبضه فهى من المشترى فالتخصيص لمثل هذا الاصل المتقرر انما يكون بسماع ثابت ولهذا ضعف عند مالك فى أحد الروايتين عنه أن يقضى بها فى كل بلد الا أن يكون ذلك عرفا فى البلد أو يشترط وبخاصة عهدة السنة فانه لم يأت فى ذلك أثر وروى الشافعى عن ابن جريج قال سألت ابن شهاب عن عهدة السنة والثلاث فقال ما علمت فيها أمرا سالفا واذ قد تقرر القول فى تمييز العيوب التى توجب حكما من التى لا توجبه وتقرر الشرط فى ذلك وهو أن يكون العيب حادثا قبل البيع أو فى العهدة عند من يرى العهدة فلنصر الى ما بقى

(الفصل الثالث)

واذا وجدت العيوب فان لم يتغير المبيع بشيء من العيوب عند المشترى فلا يخلو أن يكون في عقار أو عروض أو في حيوان فان كان في حيوان فلا خلاف ان المشترى مخير بين ان يرد المبيع و يأخذ ثمنه أو يمسك ولا شيء له وأما ان كان في عقار فمالك يفرق في ذلك بين العيب اليسير والكثير فيقول ان كان العيب يسيرا لم يجب الرد ووجبت قيمة العيب وهو الارش وان كان كثيرا وجب الرد هذا هو الموجود المشهور في كتب أصحابه ولم يفصل البغداديون هذا التفصيل وأما العروض فالمشهور في المذهب انها ليست في هذا الحكم بمنزلة الاصول وقد قيل انها بمنزلة الاصول في المذهب وهذا الذى كان يختاره الفقيه أبو بكر بن رزق شيخ جدى رحمة الله عليهما وكان يقول انه لا فرق في هذا المعنى بين الاصول والعروض وهذا الذى قاله يلزم من يفرق بين العيب الكثير والقليل في الاصول أعنى ان يفرق في ذلك أيضا في العروض والأصل ان كل ما حط القيمة أنه يجب به الرد وهو الذى عليه فقهاء الامصار ولذلك لم يعول البغداديون فيما أحسب على التفرقة التى قلت في الاصول ولم يختلف قولهم في الحيوان أنه لا فرق فيه بين العيب القليل والكثير

﴿فصل﴾ واذ قد قلنا ان المشترى يخير بين أن يرد المبيع و يأخذ ثمنه أو يمسك ولا شيء له فان اتفقا على ان يمسك المشترى سلعته و يعطيه البائع قيمة العيب فعامة فقهاء الامصار يجيزون ذلك الا ابن سريج من أصحاب الشافعي فانه قال ليس لهما ذلك لانه خيار في مال فلم يكن له اسقاطه بعوض كخيار الشفعة قال القاضي عبد الوهاب وهذا غلط لان ذلك حق للمشترى فله أن يستوفيه أعنى أن يرد و يرجع بالثمن وله أن يعاوض على تركه وما ذكره من خيار الشفعة فانه شاهد لنا فان له عندنا تركه الى عوض يأخذه وهذا لا خلاف فيه وفي هذا الباب فرعان مشهوران من قبل التبعيض أحدهما هل اذا اشترى المشترى أنواعا من المبيعات في صفقة واحدة فوجد أحدها معيبا فهل يرجع بالجميع أو بالذى وجد فيه العيب فقال قوم ليس له الا أن يرد الجميع أو يمسك و به قال أبو ثور والاوزاعي الا أن يكون قد سمى ما لكل واحد

من تلك الانواع من القيمة فان هذا مما الاخلاف فيه انه يرد المبيع بعينه فقط وانما الخلاف اذا لم يسم وقال قوم يرد المعيب بحصته من الثمن وذلك بالتقدير وممن قال بهذا القول سفيان الثورى وغيره وروى عن الشافعى القولان معا وفرق مالك فقال ينظر فى المعيب فان كان ذلك وجه الصفقة. والمقصود بالشراء رد الجميع وان لم يكن وجه الصفقة رده بقيمته وفرق أبو حنيفة تفريقا آخر وقال ان وجد العيب قبل القبض رد الجميع وان وجده بعد القبض رد المعيب بحصته من الثمن ففى هذه المسئلة أربعة أقوال فحجة من منع التبعيض فى الردان المردود يرجع فيه بقيمة لم يتفق عليها المشترى والبائع وكذلك الذى يبقى انما يبقى بقيمة لم يتفقا عليها ويمكن أنه لو بعضت السلعة لم يشترى البعض بالقيمة التى أقيم بها وأما حجة من رأى الرد فى البعض المعيب ولابد فلانه موضع ضرورة فأقيم فيه التقويم والتقدير مقام الرضا قياسا على ان ما فات فى البيع فليس فيه الا القيمة وأما تفريق مالك بين ماهو وجه الصفقة أو غير وجهها فاستحسان منه لأنه رأى ان ذلك المعيب اذا لم يكن مقصودا فى المبيع فليس كبير ضرر فى أن لا يوافق الثمن الذى أقيم به أراده المشترى أو البائع وأما عندما يكون مقصودا أو جل المبيع فيعظم الضرر فى ذلك واختلف عنه هل يعتبر تأثير العيب فى قيمة الجميع أو فى قيمة المعيب خاصة وأما تفريق أبى حنيفة بين أن يقبض أو لا يقبض فان القبض عنده شرط من شروط تمام البيع ومالم يقبض المبيع فضمانه عنده من البائع وحكم الاستحقاق فى هذه المسئلة حكم الرد بالعيب

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ فانهم اختلفوا أيضا فى رجلين يبتاعان شيأ واحدا فى صفقة واحدة فيجدان به عيبا فيريد أحدهما الرجوع ويأبى الآخر فقال الشافعى لمن أراد الرد أن يرد وهى رواية ابن القاسم عن مالك وقيل ليس له أن يرد فمن أوجب الرد شبهه بالصفقتين المفترقتين لانه قد اجتمع فيها عاقدان ومن لم يوجبه شبهه بالصفقة الواحدة اذا أراد المشترى فيها تبعيض رد المبيع بالعيب

(الفصل الرابع)

وأما ان تغير المبيع عند المشترى ولم يعلم بالعيب الا بعد تغير المبيع عنده فالحكم فى ذلك يختلف عند فقهاء الامصار بحسب التغير فأما ان تغير بموت أو فساد أو عتق ففقهاء

الامصار على انه فوت و يرجع المشترى على البائع بقيمة العيب وقال عطاء بن أبى رباح لا يرجع فى الموت والعتق بشئ وكذلك عندهم حكم من اشترى جارية فأولدها وكذلك التدبير عندهم وهو القياس فى الكتابة وأما تغيره فى البيع فانهم اختلفوا فيه فقال أبو حنيفة والشافعى اذا باعه لم يرجع بشئ وكذلك قال الليث وأما مالك فله فى البيع تفصيل وذلك أنه لا يخلو أن يبيعه من بائعه منه أو من غير بائعه ولا يخلو أيضا أن يبيعه بمثل الثمن أو أقل أو أكثر فان باعه من بائعه منه بمثل الثمن فلا رجوع له بالعيب وان باعه منه بأقل من الثمن رجع عليه بقيمة العيب وان باعه بأكثر من الثمن نظر فان كان البائع الاول مدلسا أى عالما بالعيب لم يرجع الاول على الثانى بشئ وان لم يكن مدلسا رجع الاول على الثانى فى الثمن والثانى على الاول أيضا و ينفسخ البيعان و يعود المبيع الى ملك الاول فان باعه من عند بائعه منه فقال ابن القاسم لا رجوع له بقيمة العيب مثل قول أبى حنيفة والشافعى وقال ابن عبد الحكم له الرجوع بقيمة العيب وقال أشهب يرجع بالأقل من قيمة العيب أو بقيمة الثمن هذا اذا باعه بأقل مما اشتراه وعلى هذا لا يرجع اذا باعه بمثل الثمن أو أكثر و به قال عثمان البتى ووجه قول ابن القاسم والشافعى وأبى حنيفة انه اذا فات بالبيع فقد أخذ عوضا فيه من غير ان يعتبر تأثير بالعيب فى ذلك العوض الذى هو الثمن ولذلك متى قام عليه المشترى منه بعيب رجع هو على البائع الاول بلا خلاف ووجه القول الثانى تشبيهه البيع بالعتق ووجه قول أشهب وعثمان انه لو كان عنده المبيع لم يكن له الا الامساك أو الرد للجميع فاذا باعه فقد أخذ عوض ذلك الثمن فليس له الا ما نقص الا أن يكون أكثر من قيمة العيب وقال مالك ان وهب أو تصدق رجع بقيمة العيب وقال أبو حنيفة لا يرجع لان هبته أو صدقته تفويت للملك بغير عوض ورضى منه بذلك طلبا للاجر فيكون رضاه باسقاط حق العيب أولى وأحرى بذلك وأما مالك فقاس الهبة على العتق وقد كان القياس أن لا يرجع فى شئ من ذلك اذا فات ولم يمكنه الرد لأن اجماعهم على انه اذا كان فى يديه فليس يجب له الا الرد أو الامساك دليل على انه ليس للعيب تأثير فى اسقاط شئ من الثمن وانما له تأثير فى فسخ البيع فقط وأما العقود التى يتعاقبها الاسترجاع كالرهن والاجارة فاختلف فى ذلك أصحاب مالك فقال ابن القاسم لا يمنع

ذلك من الرد بالعيب اذا رجع اليه المبيع وقال أشهب اذا لم يكن زمان خروجه عن يده زمانا بعيدا كان له الرد بالعيب وقول ابن القاسم أولى والهبة للثواب عند مالك كالبيع فى انها فوت فهذه هى الاحوال التى تطرأ على المبيع من العقود الحادثة فيها وأحكامها

(باب فى طروء النقصان)

وأما ان طرأ على المبيع نقص فلا يخلو أن يكون النقص فى قيمته أو فى البدن أو فى النفس فأما نقصان القيمة لاختلاف الاسواق فغير مؤثر فى الرد بالعيب باجماع وأما النقصان الحادث فى البدن فان كان يسيرا غير مؤثر فى القيمة فلا تأثير له فى الرد بالعيب وحكمه حكم الذى لم يحدث وهذا نص مذهب مالك وغيره وأما النقص الحادث فى البدن المؤثر فى القيمة فاختلف الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال أحدها انه ليس له أن يرجع الا بقيمة العيب فقط وليس له غير ذلك اذا أبى البائع من الرد وبه قال الشافعى فى قوله الجديد وأبو حنيفة وقال الثورى ليس له الا أن يرد و يرد مقدار العيب الذى حدث عنده وهو قول الشافعى الاول والقول الثالث قول مالك ان المشترى بالخيار بين أن يمسك و يضع عنه البائع من الثمن قدر العيب أو يرده على البائع و يعطيه ثمن العيب الذى حدث عنده وانه اذا اختلف البائع والمشترى فقال البائع للمشترى أنا أقبض المبيع وتعطى أنت قيمة العيب الذى حدث عندك وقال المشترى بل أنا أمسك المبيع وتعطى أنت قيمة العيب الذى حدث عندك فالقول قول المشترى والخيار له وقد قيل فى المذهب القول قول البائع وهذا انما يصح على قول من يرى انه ليس للمشترى الا أن يمسك أو يرد وما نقص عنده وشذ أبو محمد بن حزم فقال له أن يرد ولا شئ عليه وأما حجة من قال انه ليس للمشترى الا أن يرد و يرد قيمة العيب أو يمسك فلانه قد أجمعوا على انه اذا لم يحدث بالمبيع عيب عند المشترى فليس له الا الرد فوجب استصحاب حال هذا الحكم وان حدث عند المشترى عيب مع اعطائه قيمة العيب الذى حدث عنده وأما من رأى انه لا يرد المبيع بشئ وانما له قيمة العيب الذى كان عند البائع فقياسا على العتق والموت لكون هذا الاصل غير مجمع عليه وقد خالف فيه عطاء وأما مالك فلما تعارض عنده حق البائع وحق المشترى غلب المشترى وجعل له الخيار لان البائع لا يخلو من أحد أمرين اما

أن يكون مفرطا فى ان لم يستعلم العيب ويعلم به المشترى أو يكون علمه فدلس به على المشترى وعند مالك انه اذا صح انه دلس بالعيب وجب عليه الرد من غير أن يدفع اليه المشترى قيمة العيب الذى حدث عنده فان مات من ذلك العيب كان ضمانه على البائع بخلاف الذى لم يثبت انه دلس فيه وأما حجة أبى محمد فلأنه أمر حدث من عند الله كالوحدث فى ملك البائع فان الرد بالعيب دال على ان البيع لم ينعقد فى نفسه وانما انعقد فى الظاهر وأيضا فلا كتاب ولا سنة يوجب على مكلف غرم مالم يكن له تأثير فى نقصه الا أن يكون على جهة التغليظ عند من ضمن الغاصب ما نقص عنده بأمر من الله فهذا حكم العيوب الحادثة فى البدن وأما العيوب التى فى النفس كالاباق والسرقة فقد قيل فى المذهب انها تفيت الرد كعيوب الابدان وقيل لا ولا خلاف ان العيب الحادث عند المشترى اذا ارتفع بعد حدوثه وانه لا تأثير له فى الرد الا أن تؤمن عاقبته واختلفوا من هذا الباب فى المشترى يطأ الجارية فقال قوم اذا وطئ فليس له الرد وله الرجوع بقيمة العيب وسواء كانت بكرا أو ثيبا وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى يرد قيمة الوطء فى البكر ولا يردها فى الثيب وقال قوم بل يردها ويرد مهر مثلها وبه قال ابن أبى شبرمة وابن أبى ليلى وقال سفيان الثورى ان كانت ثيبا رد نصف العشر من ثمنها وان كانت بكرا رد العشر من ثمنها وقال مالك ليس عليه فى وطء الثيب شئ لانه غلة وجبت له بالضمان وأما البكر فهو عيب يثبت عنده للمشترى الخيار على ما سلف من رأيه وقد روى مثل هذا القول عن الشافعى وقال عثمان البتى الوطء معتبر فى العرف فى ذلك النوع من الرقيق فان كان له أثر فى القيمة رد البائع ما نقص وان لم يكن له أثر لم يلزمه شئ فهذا هو حكم النقصان الحادث فى المبيعات وأما الزيادة الحادثة فى المبيع أعنى المتولدة المنفصلة منه فاختلف العلماء فيها فذهب الشافعى الى انها غير مؤثرة فى الرد وانها للمشترى لعموم قوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وأما مالك فاستثنى من ذلك الولد فقال يرد للبائع وليس للمشترى الا الرد للزائد مع الاصل أو الامساك وقال أبو حنيفة الزوائد كلها تمنع الرد وتوجب أرش العيب الا الغلة والكسب وحجته أن ما تولد عن المبيع داخل فى العقد فلما لم يكن رده ورد ما تولد عنه كان ذلك فوتا يقتضى أرش العيب الا

ما نصه الشرع من الخراج والغلة وأما الزيادة الحادثة فى نفس المبيع الغير المنفصلة عنه فانها ان كانت مثل الصبغ فى الثوب والرقم فى الثوب فانها توجب الخيار فى المذهب اما فى الامساك والرجوع بقيمة العيب واما فى الرد وكونه شريكا مع البائع بقيمة الزيادة وأما النماء فى البدن مثل السمن فقد قيل فى المذهب يثبت به الخيار للمشترى وقيل لا يثبت وكذلك النقص الذى هو الهزال فهذا هو القول فى حكم التغيير

(الفصل الخامس)

وأما صفة الحكم فى القضاء بهذه الاحكام فانه اذا تقار البائع والمشترى على حالة من هذه الاحوال المذكورة ههنا وجب الحكم الخاص بتلك الحال فان أنكر البائع دعوى القائم فلا يخلو ان ينكر وجود العيب أو ينكر حدوثه عنده فان أنكر وجود العيب بالمبيع فان كان العيب يستوى فى ادراكه جميع الناس كفى فى ذلك شاهدان عدلان ممن اتفق من الناس وان كان مما يختص بعلمه أهل صناعة ما شهد به أهل تلك الصناعة فقيل فى المذهب عدلان وقيل لا يشترط فى ذلك العدالة ولا العدد ولا الاسلام وكذلك الحال ان اختلفوا فى كونه مؤثرا فى القيمة وفى كونه أيضا قبل أمد التبايع أو بعده فان لم يكن للمشترى بينة حلف البائع انه ما حدث عنده وان لم (١) تكن له بينة على وجود العيب بالمبيع لم يجب له يمين على البائع وأما اذا وجب الارش فوجه الحكم فى ذلك ان يقوم الشئ سليما ويقوم معيبا ويرد المشترى ما بين ذلك فان وجب الخيار قوم ثلاث تقويمات تقويم وهو سليم وتقويم بالعيب الحادث عند البائع وتقويم بالعيب الحادث عند المشترى فيرد البائع من الثمن ويسقط عنه ما قدر منه قدر ما تنقص به القيمة المعيبة عن القيمة السليمة وان أبى المشترى الرد وأحب الامساك رد البائع من الثمن ما بين القيمة الصحيحة والمعيبة عنده

(الباب الثانى فى بيع البراءة)

اختلف العلماء فى جواز هذا البيع وصورته ان يشترط البائع على المشترى التزام

(١) لعله وان كانت له بينة

كل عيب يجده فى المبيع على العموم فقال أبو حنيفة يجوز البيع بالبراءة من كل عيب سواء علمه البائع أولم يعلمه سماه أولم يسمه أبصره أولم يبصره وبه قال أبو ثور وقال الشافعى فى أشهر قوليه وهو المنصور عند أصحابه لا يبرأ البائع الا من عيب يريه للمشترى وبه قال الثورى وأما مالك فالاشهر عنه أن البراءة جائزة مما يعلم البائع من العيوب وذلك فى الرقيق خاصة الا البراءة من الحمل فى الجوارى الرائعات فانه لا يجوز عنده لعظم الغرر فيه ويجوز فى الوحش وعنه فى رواية ثانية انه يجوز فى الرقيق والحيوان ورواية ثالثة مثل قول الشافعى وقد روى عنه أن بيع البراءة انما يصح من السلطان فقط وقيل فى بيع السلطان وبيع المواريث وذلك من غير أن يشترطوا البراءة وحجة من رأى القول بالبراءة على الاطلاق أن القيام بالعيب حق من حقوق المشترى قبل البائع فاذا أسقطه سقط أصله سائر الحقوق الواجبة وحجة من لم يجزه على الاطلاق أن ذلك من باب الغرر فيما لم يعلمه البائع ومن باب الغبن والغش فيما علمه ولذلك اشترط جهل البائع مالك وبالجملة فعمدة مالك ما رواه فى الموطأ أن عبد الله بن عمر باع غلاما له بثمانمائة درهم وباعه على البراءة فقال الذى ابتاعه لعبد الله بن عمر بالغلام داء لم تسمه فاختصما الى عثمان فقال الرجل باعنى عبدا وبه داء لم يسمه لى وقال عبد الله بعته بالبراءة فقضى عثمان على عبد الله ان يحلف لقد باع العبد وما به داء يعلمه فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد وروى أيضا أن زيد بن ثابت كان يجيز بيع البراءة وانما خص مالك بذلك الرقيق لكون عيوبهم فى الأكثر خافية وبالجملة خيار الرد بالعيب حق ثابت للمشترى ولما كان ذلك يختلف اختلافا كثيرا كاختلاف المبيعات فى صفاتها وجب اذا اتفقا على الجهل به أن لا يجوز أصله اذا اتفقا على جهل صفة المبيع المؤثرة فى الثمن ولذلك حكى ابن القاسم فى المدونة عن مالك أن آخر قوله كان انكار بيع البراءة الا ما خفف فيه للسلطان وفى قضاء الديون خاصة وذهب المغيرة من أصحاب مالك الى أن البراءة انما تجوز فيما كان من العيوب لا يتجاوز فيها ثلث المبيع والبراءة بالجملة انما تلزم عند القائلين بها بالشرط أعنى اذا اشترطها الا بيع السلطان والمواريث عند مالك فقط فالكلام بالجملة فى بيع البراءة هو فى جوازه وفى شرط جوازه وفيما يجوز من العقود والمبيعات

والعيوب ولمن يجوز بالشرط أومطلقاوهذه كلهاقد تقدمت بالقوة فى قولنافاعلمه
﴿الجملة الثانيـة فى وقت ضمان المبيعات﴾ واختلفوا فى الوقت الذى يضمن فيه
المشترى المبيع أنى تكون خسارته ان هلك منه فقال أبوحنيفة والشافعى لايضمن
المشترى الا بعد القبض وأمامالك فله فى ذلك تفصيل وذلك ان المبيعات عنده فى
هذا الباب ثلاثة أقسام بيع يجب على البائع فيه حق توفية من وزن أوكيل وعدد
وبيع ليس فيه حق توفية وهو الجزاف أومالا يوزن ولايكال ولا يعد فأماما كان
فيه حق توفية فلايضمن المشترى الا بعد القبض وأماماليس فيه حق توفية وهو
حاضر فلاخلاف فى المذهب ان ضمانه من المشترى وان لم يقبضه وأماالمبيع الغائب
فعن مالك فى ذلك ثلاث روايات أشهرها ان الضمان من البائع الا ان يشترطه على
المبتاع والثانيـة انه من المبتاع الا أن يشترطه على البائع والثالثة الفرق بين
ماليس بمأمون البقاء الى وقت الاقتضاء كالحيوان والمأكولات وبين ماهو مأمون
البقاء والخلاف فى هذه المسئلة مبنى على هل القبض شرط من شروط العقد
أوحكم من أحكام العقد والعقد لازم دون القبض فمن قال القبض من شروط صحة
العقد أولزومه أوكيفما شئت ان تعبر عن هذا المعنى كان الضمان عنده من البائع
حتى يقبضه المشترى ومن قال هو حكم لازم من أحكام المبيع والبيع قد انعقد ولزم
قال بالعقد يدخل فى ضمان المشترى وتفريق مالك بين الغائب والحاضر والذى
فيه حق توفية والذى ليس فيه حق توفية استحسان ومعنى الاستحسان
فى أكثر الاحوال هو الالتفات الى المصلحة والعدل وذهب أهل الظاهر الى أن
بالعقد يدخل فى ضمان المشترى وفيما أحسب وعمدة من رأى ذلك اتفاقهم على
أن الخراج قبل القبض للمشترى وقد قال عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان
وعمدة المخالف حديث عتاب بن أسيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعثه الى
مكة قال له انههم عن بيع مالم يقبضوا وربح مالم يضمنوا وقد تكلمنا فى شرط القبض
فى المبيع فيما سلف ولا خلاف بين المسلمين انه من ضمان المشترى بعد القبض الا فى
العهدة والجوائح واذ قد ذكرنا العهدة فينبغى أن نذكر ههنا الجوائح

(القول فى الجوائح)

اختلف العلماء فى وضع الجوائح فى الثمار فقال بالقضاء بها مالك وأصحابه ومنعها أبو حنيفة والثورى والشافعى فى قوله الجديد والليث فعمدة من قال بوضعها حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع ثمرا فأصابته جائحة فلا يأخذ من أخيه شيأ على ماذا يأخذ أحدكم مال أخيه خرجه مسلم عن جابر وماروى عنه أنه قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح فعمدة من أجاز الجوائح حديثا جابر هذان وقياس الشبه أيضا وذلك انهم قالوا انه مبيع بقى على البائع فيه حق توفية بدليل ماعليه من سقيه الى أن يكمل فوجب أن يكون ضمانه منه أصله سائر المبيعات التى بقى فيها حق توفية والفرق عندهم بين هذا المبيع وبين سائر البيوع ان هذا بيع وقع فى الشرع والمبيع لم يكمل بعد فكانه مستثنى من النهى عن بيع مالم يخلق فوجب أن يكون فى ضمانه مخالفا لسائر المبيعات وأما عمدة من لم يقل بالقضاء بها فتشبيه هذا البيع بسائر المبيعات وان التخلية فى هذا المبيع هو القبض وقد اتفقوا على أن ضمان المبيعات بعد القبض من المشترى ومن طريق السماع أيضا حديث أبى سعيد الخدرى قال أجيح رجل فى ثمار ابتاعها وكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدقوا عليه فتصدق عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوا ماوجدتم وليس لكم الا ذلك قالوا فلم يحكم بالجائحة فسبب الخلاف فى هذه المسئلة هو تعارض الآثار فيها وتعارض مقاييس الشبه وقد رام كل واحد من الفريقين صرف الحديث المعارض للحديث الذى هو الاصل عنده بالتأويل فقال من منع الجائحة يشبه أن يكون الامر بها انما ورد من قبل النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها قالوا ويشهد لذلك انه لما كثر شكواهم بالجوائح أمروا أن لا يبيعوا الثمر الا بعد أن يبدو صلاحه وذلك فى حديث زيد بن ثابت المشهور وقال من أجازها فى حديث أبى سعيد يمكن ان يكون البائع عديما فلم يقض عليه بجائحة أوان يكون المقدار الذى أصيب من الثمر مقدارا لا يلزم فيه جائحة أوان يكون أصيب فى غير الوقت الذى تجب فيه الجائحة مثل أن يصاب بعد الجذاذ أو بعد الطيب وأما الشافعى فروى حديث جابر عن

سليمان ابن عتيق عن جابر وكان يضعفه ويقول انه اضطرب في ذكر وضع الجوائح فيه ولكنه قال ان ثبت الحديث وجب وضعها في القليل والكثير ولا خلاف بينهم في القضاء بالجائحة بالعطش وقد جعل القائلون بها اتفاقهم في هذا حجة على اثباتها والكلام في أصول الجوائح على مذهب مالك ينحصر في أربعة فصول الاول في معرفة الاسباب الفاعلة للجوائح الثاني في محل الجوائح من المبيعات الثالث في مقدار ما يوضع منه فيه الرابع في الوقت الذي توضع فيه

(الفصل الاول)

وأما ما أصاب الثمرة من السماء مثل البرد والقحط وضده والعفن فلا خلاف في المذهب انه جائحة وأما العطش كما قلنا فلا خلاف بين الجميع انه جائحة وأما ما أصاب من صنع الآدميين فبعض من أصحاب مالك رآه جائحة وبعض لم يره جائحة والذين رأوه جائحة انقسموا قسمين فبعضهم رأى منه جائحة ما كان غالبا كالجيش ولم ير ما كان منه بمغافصة (١) جائحة مثل السرقة وبعضهم جعل كل ما يصيب الثمرة من جهة الآدميين جائحة بأي وجه كان فمن جعلها في الامور السماوية فقط اعتمد ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام أرأيت ان منع الله الثمرة ومن جعلها في أفعال الآدميين شبهها بالامور السماوية ومن استثنى اللص قال يمكن أن يتحفظ منه

(الفصل الثاني)

ومحل الجوائح هي الثمار والبقول فاما الثمار فلا خلاف فيها في المذهب وأما البقول ففيها خلاف والاشهر فيها الجائحة وانما اختلفوا في البقول لاختلافهم في تشبيهها بالاصل الذي هو الثمر

(الفصل الثالث)

وأما المقدار الذي تجب فيه الجائحة اما في الثمار فالثلث واما في البقول فقيل في القليل والكثير وقيل في الثلث وابن القاسم يعتبر ثلث الثمر بالكيل وأشهب يعتبر الثلث في القيمة فاذا ذهب من الثمر عند أشهب ما قيمته الثلث من الكيل وضع عنه

(١) غافصه أخذه على غرة

الثلث من الثمن وسواء كان ثلثا فى الكيل أو لم يكن وأما ابن القاسم فانه اذا ذهب من الثمر الثلث من الكيل فان كان نوعا واحدا ليس تختلف قيمة بطونه حط عنه من الثمن الثلث وان كان الثمر أنواعا كثيرة مختلفة القيم أو كان بطونا مختلفة القيم أيضا اعتبر قيمة ذلك الثلث الذاهب من قيمة الجميع فما كان قدره حط بذلك القدر من الثمن ففى موضع يعتبر المكيلة فقط حيث تستوى القيمة فى أجزاء الثمرة و بطونها وفى موضع يعتبر الامرين جميعا حيث تختلف القيمة والمالكية يحتجون فى مصيرهم الى التقدير فى وضع الجوائح وان كان الحديث الوارد فيها مطلقا بان القليل فى هذا معلوم من حكم العادة انه يخالف الكثير اذ كان معلوما ان القليل يذهب من كل ثمر فكان المشترى دخل على هذا الشرط بالعادة وان لم يدخل بالنطق وأيضا فان الجائحة التى علق الحكم بها تقتضى الفرق بين القليل والكثير قالوا واذا وجب الفرق وجب أن يعتبر فيه الثلث اذ قد اعتبره الشرع فى مواضع كثيرة وان كان المذهب يضطرب فى هذا الاصل فمرة يجعل الثلث من حيز الكثير كجعله اياه ههنا ومرة يجعله فى حيز القليل ولم يضطرب فى أنه الفرق بين القليل والكثير والمقدرات يعسر اثباتها بالقياس عند جمهور الفقهاء ولذلك قال الشافعى لو قلت بالجائحة لقلت فيها بالقليل والكثير وكون الثلث فرقا بين القليل والكثير هو نص فى الوصية فى قوله عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير

(الفصل الرابع)

واما زمان القضاء بالجائحة فاتفق المذهب على وجوبها فى الزمان الذى يحتاج فيه الى تبقية الثمر على رؤس الشجر حيث يستوفى طيبه واختلفوا اذا أبقاه المشترى فى الثمار ليبيعه على النضارة وشيأ شيأ فقيل فيه الجائحة تشبيها بالزمان المتفق عليه وقيل ليس فيه جائحة تفريقا بينه و بين الزمان المتفق على وجوب القضاء بالجائحة فيه وذلك ان هذا الزمان يشبه الزمان المتفق عليه من جهة و يخالفه من جهة فمن غلب الاتفاق أوجب فيه الجائحة ومن غلب الاختلاف لم يوجب فيه جائحة أعنى من رأى ان النضارة مطلوبة بالشراء كما الطيب مطلوب قال بوجوب الجائحة فيه ومن لم ير الامر فيهما واحدا قال ليس فيه جائحة ومن ههنا اختلفوا فى وجوب

الجوائح فى البقول

﴿ الجملة الثالثة من جمل النظر فى الاحكام ﴾ وهو فى تابعات المبيعات ومن مسائل هذا الباب المشهورة اثنتان الاولى بيع النخل وفيها الثمر متى يتبع بيع الاصل ومتى لا يتبعه فجمهور الفقهاء على ان من باع نخلا فيها ثمر قبل ان يؤبر فان الثمر للمشترى واذا كان البيع بعد الابار فالثمر للبائع الا أن يشترطه المبتاع والثمار كلها فى هذا المعنى فى معنى النخيل وهذا كله لثبوت حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع الا أن يشترطه المبتاع قالوا فلما حكم صلى الله عليه وسلم بالثمر للبائع بعد الابار علمنا بدليل الخطاب انها للمشترى قبل الابار بلا شرط وقال أبو حنيفة وأصحابه هى للبائع قبل الابار و بعده ولم يجعل المفهوم ههنا من باب دليل الخطاب بل من باب مفهوم الاحرى والاولى قالوا وذلك انه اذا وجبت للبائع بعد الابار فهى أحرى ان تجب له قبل الابار وشبهوا خروج الثمر بالولادة وكما أن من باع أمة لها ولد فولدها للبائع الا أن يشترطه المبتاع كذلك الامر فى الثمر وقال ابن أبى ليلى سواء أبر أو لم يؤبر اذا بيع الاصل فهو للمشترى اشترطها أو لم يشترطها فرد الحديث بالقياس لانه رأى ان الثمر جزء من المبيع ولا معنى لهذا القول الا ان كان لم يثبت عنده الحديث وأما أبو حنيفة فلم يرد الحديث وانما خالف مفهوم الدليل فيه فاذا سبب الخلاف فى هذه المسئلة بين أبى حنيفة والشافعى ومالك ومن قال بقولهم معارضة دليل الخطاب لدليل مفهوم الاحرى والاولى وهو الذى يسمى فحوى الخطاب لكنه ههنا ضعيف وان كان فى اصل أقوى من دليل الخطاب وأما سبب مخالفة ابن أبى ليلى لهم فمعارضة القياس للسماع وهو كما قلنا ضعيف والابار عند العلماء ان يجعل طلع ذكور النخل فى طلع اناثها وفى سائر الشجر ان تنور وتعقد والتذكير فى شجر التين التى تذكر فى معنى الابار وابار الزرع مختلف فيه فى المذهب فروى ابن القاسم عن مالك ان اباره ان يفرك قياسا على سائر الثمر وهل الموجب لهذا الحكم هو الابار أو وقت الابار قيل الوقت وقيل الابار وعلى هذا ينبنى الاختلاف اذا أبر بعض النخل ولم يؤبر البعض هل يتبع مالم يؤبر ما أبر أو لا يتبعه واتفقوا فيما أحسبه على أنه اذا بيع ثمر وقد دخل وقت الابار

فلم يؤبر ان حكمه حكم المؤبر

﴿ المسئلة الثانية ﴾ وهى اختلافهم فى بيع مال العبد وذلك أنهم اختلفوا فى مال العبد هل يتبعه فى البيع والعتق على ثلاثة أقوال أحدها ان ماله فى البيع والعتق لسيده وكذلك فى المكاتب وبه قال الشافعى والكوفيون والثانى أن ماله تبع له فى البيع والعتق وهو قول داود وأبى ثور والثالث أنه تبع له فى العتق لا فى البيع الا أن يشترطه المشترى وبه قال مالك والليث فحجة من رأى أن ماله فى البيع لسيده الا أن يشترطه المبتاع حديث ابن عمر المشهور عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال من باع عبدا وله مال فماله للذى باعه الا أن يشترطه المبتاع ومن جعله لسيده فى العتق فقياسا على البيع وحجة من رأى أنه تبع للعبد فى كل حال انبنت على كون العبد مالكا عندهم وهى مسئلة اختلف العلماء فيها اختلافا كثيرا أعنى هل يملك العبد أولا يملك ويشبه أن يكون هؤلاء انما غلبوا القياس على السماع لان حديث ابن عمر هو حديث خالف فيه نافع سالما لان نافعا رواه عن ابن عمر عن عمر وسالم رواه عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم وأما مالك فغلب القياس فى العتق والسماع فى البيع وقال مالك فى الموطأ الامر المجتمع عليه عندنا أن المبتاع اذا اشترط مال العبد فهو له نقدا كان أو عرضا أو دينا وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال من أعتق غلاما فماله له الا أن يستثنيه سيده ويجوز عند مالك أن يشترى العبد وماله بدراهم وان كان مال العبد دراهم أو فيه دراهم وخالفه أبو حنيفة والشافعى اذا كان مال العبد نقدا وقالوا العبد وماله بمنزلة من باع شيئين لا يجوز فيهما الا ما يجوز فى سائر البيوع واختلف أصحاب مالك فى اشتراط المشترى لبعض مال العبد فى صفقة البيع فقال ابن القاسم لا يجوز وقال أشهب جائز أن يشترط بعضه وفرق بعضهم فقال ان كان ما اشترى به العبد عينا وفى مال العبد عين لم يجز ذلك لانه يدخله دراهم بعرض ودراهم وان كان ما اشترى به عروضا أو لم يكن فى مال العبد دراهم جاز ووجه قول ابن القاسم أنه لا يجوز أن يشترط بعضه تشبيهه بثمر النخل بعد الابار ووجه قول أشهب تشبيه الجزء بالكل وفى هذا الباب مسائل مسكوت عنها كثيرة ليست مما قصدناه * ومن مشهور مسائلهم فى هذا الباب الزيادة والنقصان اللذان

يقعان فى الثمن الذى انعقد عليه البيع بعد البيع مما يرضى به المتبايعان أعنى أن يزيد المشترى البائع بعد البيع على الثمن الذى انعقد عليه البيع أو يحط منه البائع هل يتبع حكم الثمن أم لا وفائدة الفرق ان من قال هى من الثمن أوجب ردها فى الاستحقاق وفى الرد بالعيب وما أشبه ذلك وأيضا من جعلها فى حكم الثمن الاول ان كانت فاسدة فسد البيع ومن لم يجعلها من الثمن أعنى الزيادة لم يوجب شيأ من هذا فذهب أبو حنيفة الى أنها من الثمن الا انه قال لا تثبت الزيادة فى حق الشفيع ولا فى بيع المرابحة بل الحكم للثمن الاول وبه قال مالك وقال الشافعى لا تلحق الزيادة والنقصان بالثمن أصلا وهو فى حكم الهبة واستدل من ألحق الزيادة بالثمن بقوله عز وجل ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة قالوا واذا لحقت الزيادة فى الصداق بالصداق لحقت فى البيع بالثمن واحتج الفريق الثانى باتفاقهم على انها لا تلحق فى الشفعة وبالجملة من رأى ان العقد الاول قد تقرر قال الزيادة هبة ومن رأى انها فسخ للعقد الاول وعقد ثان عدها من الثمن

﴿ الجملة الرابعة ﴾ واذا اتفق المتبايعان على البيع واختلفا فى مقدار الثمن ولم تكن هناك بينة ففقهاء الامصار متفقون على انهما يتحالفان ويتفاسخان بالجملة ويختلفون فى التفصيل أعنى فى الوقت الذى يحكم فيه بالايمان والتفاسخ. فقال أبو حنيفة وجماعة انهما يتحالفان ويتفاسخان مالم تفت عين السلعة فان فاتت فالقول قول المشترى مع يمينه وقال الشافعى ومحمد بن الحسن صاحب أبى حنيفة وأشهب صاحب مالك يتحالفان فى كل وقت وأما مالك فعنه روايتان احداهما انهما يتحالفان ويتفاسخان قبل القبض وبعد القبض القول قول المشترى والرواية الثانية مثل قول أبى حنيفة وهى رواية ابن القاسم والثانية رواية أشهب والفوت عنده يكون بتغيير الاسواق وبزيادة المبيع ونقصانه وقال داود وأبو ثور القول قول المشترى على كل حال وكذلك قال زفر الا أن يكونا اختلفا فى جنس الثمن فحينئذ يكون التفاسخ عندهم والتحالف ولا خلاف انهم اذا اختلفوا فى جنس الثمن أو المثمون ان الواجب هو التحالف والتفاسخ وانما صار فقهاء الامصار الى القول على الجملة بالتحالف والتفاسخ عند الاختلاف فى عدد الثمن لحديث

ابن مسعود ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما بيعين تبايعا فالقول قول البائع أو يترادان فمن حمل هذا الحديث على وجوب التفاسخ وعمومه قال يتحالفان فى كل حال و يتفاسخان والعلة فى ذلك عنده ان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه وأما من رأى أن الحديث انما يجب أن يحمل على الحالة التى يجب ان يتساوى فيها دعوى البائع والمشترى قال اذا قبض السلعة أو فاتت فقد صار القبض شاهد المشترى وشبهة لصدقه واليمين انما يجب على أقوى المتداعيين شبهة وهذا هو أصل مالك فى الايمان ولذلك يوجب فى مواضع اليمين على المدعى وفى مواضع على المدعى عليه وذلك انه لم يجب اليمين بالنص على المدعى عليه عنده من حيث هو مدعى عليه وانما وجبت عليه من حيث هو فى الأكثر أقوى شبهة فاذا كان المدعى فى مواطن أقوى شبهة وجب ان يكون اليمين فى حيزه وأما من رأى القول قول المشترى فانه رأى أن البائع مقر للمشترى بالشراء ومدع عليه عددا ما فى الثمن وأما داود ومن قال بقوله فردوا حديث ابن مسعود لانه منقطع ولذلك لم يخرجه الشيخان البخارى ومسلم وانما خرجه مالك وعن مالك اذا نكل المتبايعان عن الايمان روايتان احداهما الفسخ والثانية ان القول قول البائع وكذلك من يبدأ باليمين فى المذهب فيه خلاف فالاشهر البائع على ما فى الحديث وهل اذا وقع التفاسخ يجوز لاحدهما ان يختار قول صاحبه فيه خلاف فى المذهب

﴿ القسم الرابع من النظر المشترك فى البيوع ﴾ وهو النظر فى حكم البيع الفاسد اذا وقع فنقول اتفق العلماء على ان البيوع الفاسدة اذا وقعت ولم تفت باحداث عقد فيها أو نماء أو نقصان أو حوالة سوق ان حكمها الرد أعنى ان يرد البائع الثمن والمشترى المثمون واختلفوا اذا قبضت وتصرف فيها بعتق أو هبة أو بيع أو رهن أو غير ذلك من سائر التصرفات هل ذلك فوت يوجب القيمة وكذلك اذا نمت أو نقصت فقال الشافعى ليس ذلك كله فوتا ولا شبهة ملك فى البيع الفاسد وان الواجب الرد وقال مالك كل ذلك فوت يوجب القيمة الا ما روى عنه ابن وهب فى الربا انه ليس بفوت ومثل ذلك قال أبو حنيفة والبيوع الفاسدة عند مالك تنقسم الى محرمة والى مكروهة فأما المحرمة فانها اذا فاتت مضت بالقيمة وأما المكروهة فانها اذا فاتت صحت عنده

وربما صح عنده بعض البيوع الفاسدة بالقبض لخفة الكراهة عنده في ذلك فالشافعية تشبه المبيع الفاسد لمكان الربا والغرر بالفاسد لمكان تحريم عينه كبيع الخمر والخنزير فليس عندها فيه فوت ومالك يرى أن النهي في هذه الامور انما هو لمكان عدم العدل فيها أعني بيوع الربا والغرر فاذا فاتت السلعة فالعدل فيها هو الرجوع بالقيمة لانه قد تقبض السلعة وهي تساوي ألفا وترد وهي تساوي خمسمائة أو بالعكس ولذلك يرى مالك حوالة الاسواق فوتا في المبيع الفاسد ومالك يرى في البيع والسلف انه اذا فات وكان البائع هو المسلف رد المشتري القيمة مالم تكن أزيد من الثمن لان المشتري قد رفع له في الثمن لمكان السلف فليس من العدل أن يرد أكثر من ذلك وان كان المشتري هو الذي أسلف البائع فقد حط البائع عنه من الثمن لمكان السلف فاذا وجبت على المشتري القيمة ردها مالم تكن أقل من الثمن لان هذه البيوع انما وقع المنع فيها لمكان ما جعل فيها من العوض مقابل السلف الذي هو موضوع لعون الناس بعضهم لبعض ومالك في هذه المسئلة أفقه من الجميع واختلفوا اذا ترك الشرط قبل القبض أعني شرط السلف هل يصح البيع أم لا فقال أبو حنيفة والشافعي وسائر العلماء البيع مفسوخ وقال مالك وأصحابه البيع غير مفسوخ الا ابن عبد الحكم قال البيع مفسوخ وقد روي عن مالك مثل قول الجمهور وحجة الجمهور أن النهي يتضمن فساد المنهي فاذا انعقد البيع فاسدا لم يصححه بعد رفع الشرط الذي من قبله وقع الفساد كما أن رفع السبب المفسد في المحسوسات بعد فساد الشئ ليس يقتضي عودة الشئ الى ما كان عليه قبل الفساد من الوجود فاعلمه وروي أن محمد ابن أحمد بن سهل البرمكي سأل عن هذه المسئلة اسماعيل بن اسحق المالكي فقال له ما الفرق بين السلف والبيع وبين رجل باع غلاما بمائة دينار وزق خمر فلما انعقد البيع بينهما قال أنا أدع الزق وهذا البيع مفسوخ عند العلماء باجماع فوجب أن يكون بيع السلف كذلك فجاوب عن ذلك بجواب لا تقوم به حجة وقد تقدم القول في ذلك واذ قد انقضى القول في أصول البيوع الفاسدة وأصول البيوع الصحيحة وفي أصول أحكام البيوع الصحيحة وأصول أحكام الفاسدة المشتركة العامة لجميع البيوع أو لكثير منها فلنصر الى ما يخص واحدا واحدا من هذه الاربعة الاجناس

وذلك بان نذكر منها ما يجرى مجرى الاصول

﴿ كتاب الصرف ﴾

ولما كان يخص هذا البيع شرطان أحدهما عدم النسيئة وهو الفور والآخر عدم التفاضل وهو اشتراط المثلية كان النظر فى هذا الكتاب ينحصر فى خمسة أجناس الاول فى معرفة ماهو نسيئه مما ليس بنسيئة الثانى فى معرفة ماهو مماثل مما ليس بمماثل اذ هذان القسمان ينقسمان بفصول كثيرة فيعرض هنالك الخلاف الثالث فيما وقع أيضا من هذا البيع بصورة مختلف فيها هل هو ذريعة الى أحد هذين أعنى الزيادة والنسيئة أو كليهما عند من قال بالذرائع وهو مالك وأصحابه وهذا ينقسم أيضا الى نوعين كانقسام أصله الخامس فى خصائص أحكام هذا البيع من جهة ما يعتبر فيه هذان الشرطان أعنى عدم النساء والتفاضل أو كليهما وذلك انه يخالف هذا البيع البيوع لمكان هذين الشرطين فيه فى أحكام كثيرة وأنت اذا تأملت الكتب الموضوعة فى فروع الكتاب الذى يرسمونه بكتاب الصرف وجدتها كلها راجعة الى هذه الاجناس الخمسة أو الى ما تركب منها ماعدا المسائل التى يدخلون فى الكتاب الواحد بعينه مما ليس هو من ذلك الكتاب مثل ادخال المالكية فى الصرف مسائل كثيرة هى من باب الاقتضاء فى السلف لكن لما كان الفاسد منها يؤل الى أحد هذين الاصلين أعنى الى صرف بنسيئة أو بتفاضل أدخلوها فى هذا الكتاب مثل مسائلهم فى اقتضاء القائمة والمجموعة والفرادى بعضها من بعض لكن لما كان قصدنا انما هو ذكر المسائل التى هى منطوق بها فى الشرع أو قريب من المنطوق بها رأينا أن نذكر فى هذا الكتاب سبع مسائل مشهورة تجرى مجرى الاصول لما يطرأ على المجتهد من مسائل هذا الباب فان هذا الكتاب انما وضعناه ليبلغ به المجتهد فى هذه الصناعة رتبة الاجتهاد اذا حصل ما يجب له أن يحصل قبله من القدر الكافى له فى علم النحو واللغة وصناعة أصول الفقه ويكفى من ذلك ماهو مساو لجرم هذا الكتاب أو أقل وبهذه الرتبة يسمى فقيها لا بحفظ مسائل الفقه ولو بلغت فى العدد أقصى ما يمكن ان يحفظه انسان كما نجد متفقهة زماننا يظنون ان الأفقه هو الذى حفظ مسائل

أكثر وهؤلاء عرض لهم شبيه مايعرض لمن ظن أن الخفاف هو الذى عنده خفاف كثيرة لا الذى يقدر على عملها وهو بين ان الذى عنده خفاف كثيرة سيأتيه انسان بقدم لا يجد فى خفافه مايصلح لقدمه فيلجأ الى صانع الخفاف ضرورة وهو الذى يصنع لكل قدم خفا يوافقه فهذا هو مثال أكثر المتفقهة فى هذا الوقت واذ قد خرجنا عما كنا بسبيله فلنرجع الى حيث كنا من ذكر المسائل التى وعدنا بها

﴿ المسئلة الاولى ﴾ أجمع العلماء على أن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة لا يجوز الا مثلا بمثل يدا بيد الا ماروى عن ابن عباس ومن تبعه من المكيين فانهم أجازوا بيعه متفاضلا ومنعوه نسيئة فقط وانما صار ابن عباس لذلك لما رواه عن أسامة بن زيد عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لا ربا الا فى النسيئة وهو حديث صحيح فأخذ ابن عباس بظاهر هذا الحديث فلم يجعل الربا الا فى النسيئة وأما الجمهور فصاروا الى مارواه مالك عن نافع عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الفضة بالفضة الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها شيأ غائبا بناجز وهو من أصح ماروى فى هذا الباب وحديث عبادة بن الصامت حديث صحيح أيضا فى هذا الباب فصار الجمهور الى هذه الاحاديث اذ كانت نصا فى ذلك وأما حديث ابن عباس فانه ليس بنص فى ذلك لانه روى فيه لفظان أحدهما أنه قال انما الربا فى النسيئة وهذا ليس يفهم منه اجازة التفاضل الا من باب دليل الخطاب وهو ضعيف ولاسيما اذا عارضه النص وأما اللفظ الآخر وهو لا ربا الا فى النسيئة فهو أقوى من هذا اللفظ لان ظاهره يقتضى أن ماعدا النسيئة فليس بربا لكن يحتمل ان يريد بقوله لا ربا الا فى النسيئة من جهة انه الواقع فى الاكثر واذا كان هذا محتملا والاول نص وجب تأويله على الجهة التى يصح الجمع بينهما وأجمع الجمهور على أن مسكوكه وتبره ومصوغه سواء فى منع بيع بعضه ببعض متفاضلا لعموم الاحاديث المتقدمة فى ذلك الا معاوية فانه كان يجيز التفاضل بين التبر والمصوغ لمكان زيادة الصياغة والا ماروى عن مالك انه سئل عن الرجل يأتى دار الضرب بورقه فيعطيهم أجرة الضرب ويأخذ منهم دنانير ودراهم وزن ورقه أو دراهمه فقال اذا كان ذلك لضرورة خروج الرفقة ونحو

ذلك فأرجو أن لا يكون به بأس وبه قال ابن القاسم من أصحابه وأنكر ذلك ابن وهب من أصحابه وعيسى بن دينار وجمهور العلماء وأجاز مالك بدل الدينار الناقص بالوازن أو بالدينارين على اختلاف بين أصحابه فى العدد الذى يجوز فيه ذلك من الذى لا يجوز على جهة المعروف

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف العلماء فى السيف والمصحف المحلى يباع بالفضة وفيه حلية فضة أو بالذهب وفيه حلية ذهب فقال الشافعى لا يجوز ذلك لجهل المماثلة المشترطة فى بيع الفضة بالفضة فى ذلك والذهب بالذهب وقال مالك ان كان قيمة ما فيه من الذهب أو الفضة الثلث فأقل جاز بيعه أعنى بالفضة ان كانت حليته فضة أو بالذهب ان كانت حليته ذهبا والا لم يجز وكأنه رأى انه اذا كانت الفضة قليلة لم تكن مقصودة فى البيع وصارت كأنها هبة وقال أبو حنيفة وأصحابه لا بأس ببيع السيف المحلى بالفضة اذا كانت الفضة أكثر من الفضة التى فى السيف وكذلك الامر فى بيع السيف المحلى بالذهب لانهم رأوا أن الفضة التى فيه أو الذهب يقابل مثله من الذهب أو الفضة المشتراة به ويبقى الفضل قيمة السيف وحجة الشافعى عموم الاحاديث والنص الوارد فى ذلك من حديث فضالة بن عبد الله الانصارى أنه قال أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بخيبر بقلادة فيها ذهب وخرز وهى من المغانم تباع فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذى فى القلادة ينزع وحده ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب وزنا بوزن خرجه مسلم وأما معاوية كما قلنا فأجاز ذلك على الاطلاق وقد أنكره عليه أبو سعيد وقال لا أسكن فى أرض أنت فيها لما رواه من الحديث

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اتفق العلماء على أن من شرط الصرف أن يقع ناجزا واختلفوا فى الزمان الذى يحد هذا المعنى فقال أبو حنيفة والشافعى الصرف يقع ناجزا ما لم يفترق المتصارفان تعجل أو تأخر القبض وقال مالك ان تأخر القبض فى المجلس بطل الصرف وان لم يفترقا حتى كره المواعدة فيه وسبب الخلاف ترددهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام الا هاء وهاء وذلك أن هذا يختلف بالاقل والاكثر فمن رأى أن هذا اللفظ صالح لمن لم يفترق من المجلس أعنى أنه يطلق عليه أنه باع هاء وهاء قال يجوز التأخير

فى المجلس ومن رأى أن اللفظ لا يصح الا اذا وقع القبض من المتصارفين على الفور قال ان تأخر القبض عن العقد فى المجلس بطل الصرف ولاتفاقهم على هذا المعنى لم يجز عندهم فى الصرف حوالة ولا حمالة ولا خيار الا ما حكى عن أبى ثور أنه أجاز فيه الخيار واختلف فى المذهب فى التأخير الذى يغلب عليه المتصارفان أو أحدهما فمرة قيل فيه انه مثل الذى يقع بالاختيار ومرة قيل انه ليس كذلك فى تفاصيل لهم فى ذلك ليس قصدنا ذكرها فى هذا الكتاب

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ اختلف العلماء فيمن اصطرف دراهم بدنانير ثم وجد فيها درهما زائفا فأراد رده فقال مالك ينتقض الصرف وان كانت دنانير كثيرة انتقض منها دينار للدرهم فما فوقه الى صرف دينار فان زاد درهم على دينار انتقض منها دينار آخر وهكذا ما بينه و بين أن ينتهى الى صرف دينار قال وان رضى بالدرهم الزائف لم يبطل من الصرف شئ وقال أبو حنيفة لا يبطل الصرف بالدرهم الزائف ويجوز تبديله الا أن تكون الزيوف نصف الدراهم أو أكثر فان ردها بطل الصرف فى المردود وقال الثورى اذا رد الزيوف كان مخيرا ان شاء أبدلها أو يكون شريكاله بقدر ذلك فى الدنانير أعنى لصاحب الدنانير وقال أحمد لا يبطل الصرف بالرد قليلا كان أو كثيرا وابن وهب من أصحاب مالك يجيز البدل فى الصرف وهو مبنى على أن الغلبة على النظرة فى الصرف ليس لها تأثير ولا سيما فى البعض وهو أحسن وعن الشافعى فى بطلان الصرف بالزيوف قولان فيتحصل لفقهاء الأمصار فى هذه المسئلة أربعة أقوال قول بابطال الصرف مطلقا عند الرد وقول باثبات الصرف ووجوب البدل وقول بالفرق بين القليل والكثير وقول بالتخيير بين بدل الزائف أو يكون شريكاله وسبب الخلاف فى هذا كله هل الغلبة على التأخير فى الصرف مؤثرة فيه أو غير مؤثرة وان كانت مؤثرة فهل هى مؤثرة فى القليل أو فى الكثير وأما وجود النقصان فان المذهب اضطرب فيه فمرة قال فيه انه ان رضى بالنقصان جاز الصرف وان طلب البدل انتقض الصرف قياسا على الزيوف ومرة قال يبطل الصرف وان رضى به وهو ضعيف واختلفوا أيضا اذا قبض بعض الصرف وتأخر بعضه أعنى الصرف المنعقد على التناجز فقيل يبطل الصرف كله وبه قال الشافعى

وقيل يبطل منه المتأخر فقط وبه قال أبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف والقولان فى المذهب ومبنى الخلاف الخلاف فى الصفقة الواحدة يخالطها حرام وحلال هل تبطل الصفقة كلها أو الحرام منها فقط

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ أجمع العلماء على أن المراطلة جائزة فى الذهب بالذهب وفى الفضة بالفضة وان اختلف العدد لاتفاق الوزن وذلك اذا كانت صفة الذهبين واحدة واختلفوا فى المراطلة فى موضعين أحدهما أن تختلف صفة الذهبين والثانى أن ينقص أحد الذهبين عن الآخر فيريد الآخر أن يزيد بذلك عرضا أو دراهم ان كانت المراطلة بذهب أو ذهبا ان كانت المراطلة بدراهم فذهب مالك أما فى الموضع الاول وهو أن يختلف جنس المراطل بهما فى الجودة والرداءة انه متى راطل أحدهما بصنف من الذهب الواحد وأخرج الآخر ذهبين أحدهما أجود من ذلك الصنف الواحد والآخر أردأ فان ذلك عنده لا يجوز وان كان الصنف الواحد من الذهبين أعنى الذى أخرجه وحده أجود من الذهبين المختلفين أخرجهما الآخر أو أردأ منهما معا أو مثل أحدهما وأجود من الثانى جازت المراطلة عنده وقال الشافعى اذا اختلف الذهبان فلا يجوز ذلك وقال أبو حنيفة وجميع الكوفيين والبصريين يجوز جميع ذلك وعمدة مذهب مالك فى منعه ذلك الاتهام وهو مصير الى القول بسد الذرائع وذلك أنه يتهم أن يكون المراطل انما قصد بذلك بيع الذهبين متفاضلا فكأنه أعطى جزأ من الوسط بأكثر منه من الأردأ وبأقل منه من الأعلى فيتذرع من ذلك الى بيع الذهب بالذهب متفاضلا مثال ذلك أن انسانا قال لآخر خذ منى خمسة وعشرين مثقالا وسطا بعشرين من الأعلى فقال لا يجوز هذا لنا ولكن أعطيك عشرين من الأعلى وعشرة أدنى من ذهبك وتعطينى أنت ثلاثين من الوسط فتكون العشرة الأدنى يقابلها خمسة من ذهبك ويقابل العشرين من ذهب الوسط العشرين من ذهبك الأعلى وعمدة الشافعى اعتبار التفاضل الموجود فى القيمة وعمدة أبى حنيفة اعتبار وجود الوزن من الذهبين ورد القول بسد الذرائع وكمثل اختلافهم فى المصارفة التى تكون بالمراطلة اختلفوا فى هذا الموضع فى المصارفة التى تكون بالعدد أعنى اذا اختلفت جودة الذهبين أو الأذهاب

وأما اختلافهم اذا نقصت المراطلة فاراد أحدهما أن يزيد شيأ آخر مما فيه الربا أو مما لاربا فيه فقريب من هذا الاختلاف مثل أن يراطل أحدهما صاحبه ذهب بذهب فينقص أحد الذهبين عن الآخر فيريد الذى نقص ذهبه أن يعطى عوض الناقص دراهم أو عرضا فقال مالك والشافعي والليث ان ذلك لا يجوز والمراطلة فاسدة وأجاز ذلك كله أبو حنيفة والكوفيون وعمدة الحنفية تقدير وجود المماثلة من الذهبين و بقاء الفضل مقابل للعرض وعمدة مالك التهمة فى أن يقصد بذلك بيع الذهب بالذهب متفاضلا وعمدة الشافعي عدم المماثلة بالكيل أو الوزن أو العدد الذى بالفضل ومثل هذا يختلفون اذا كانت المصارفة بالعدد

﴿المسئلة السادسة﴾ واختلفوا فى الرجلين يكون لأحدهما على صاحبه دنانير وللآخر عليه دراهم هل يجوز أن يتصارفاها وهى فى الذمة فقال مالك ذلك جائز اذا كانا قد حلا معا وقال أبو حنيفة يجوز فى الحال وفى غير الحال وقال الشافعي والليث لا يجوز ذلك حلا أو لم يحلا وحجة من لم يجزه أنه غائب بغائب واذا لم يجز غائب بناجز كان أحرى أن لا يجوز غائب بغائب وأما مالك فأقام حلول الأجلين فى ذلك مقام الناجز بالناجز وانما اشترط أن يكونا حالين معا لئلا يكون ذلك من بيع الدين بالدين و بقول الشافعي قال ابن وهب وابن كنانة من أصحاب مالك وقريب من هذا اختلافهم فى جواز الصرف على ماليس عندهما اذا دفعه أحدهما الى صاحبه قبل الافتراق مثل أن يستقرضاه فى المجلس فتقابضاه قبل الافتراق فاجاز ذلك الشافعي وأبو حنيفة وكرهه ابن القاسم من الطرفين واستخفه من الطرف الواحد أعنى اذا كان أحدهما هو المستقرض فقط وقال زفر لا يجوز ذلك الا أن يكون من طرف واحد ومن هذا الباب اختلافهم فى الرجل يكون له على الرجل دراهم الى أجل هل يأخذ فيها اذا حل الأجل ذهبا أو بالعكس فذهب مالك الى جواز ذلك اذا كان القبض قبل الافتراق و به قال أبو حنيفة الا أنه أجاز ذلك وان لم يحل الأجل ولم يجز ذلك جماعة من العلماء سواء كان الأجل حالا أو لم يكن وهو قول ابن عباس وابن مسعود وحجة من أجاز ذلك حديث ابن عمر قال كنت أبيع الابل بالبقيع أبيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير فسألت عن ذلك رسول الله صلى الله

عليه وسلم فقال لا بأس بذلك اذا كان بسعر يومه خرجه أبو داود وحجة من لم يجزه ماجاء فى حديث أبى سعيد وغيره ولا تبيعوا منها غائبا بناجز

﴿المسئلة السابعة﴾ اختلف فى البيع والصرف فى مذهب مالك فقال انه لا يجوز الا أن يكون أحدهما الأكثر والآخر تبعا لصاحبه وسواء كان الصرف فى دينار واحد أو فى دنانير وقيل ان كان الصرف فى دينار واحد جاز كيفما وقع وان كان فى أكثر اعتبر كون أحدهما تابعا للآخر فى الجواز فان كانا معا مقصودين لم يجز وأجاز أشهب الصرف والبيع وهو أجود لأنه ليس فى ذلك ما يؤدى الى ربا ولا الى غرر

(كتاب السلم)

وفى هذا الكتاب ثلاثة أبواب الباب الأول فى محله وشروطه الباب الثانى فيما يجوز أن يقتضى من المسلم اليه بدل ما انعقد عليه السلم وما يعرض فى ذلك من الاقالة والتعجيل والتأخير الباب الثالث فى اختلافهما فى السلم

(الباب الاول)

أما محله فانهم أجمعوا على جوازه فى كل ما يكال أو يوزن لما ثبت من حديث ابن عباس المشهور قال قدم النبى صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلمون فى التمر السنتين والثلاث فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من سلف فليسلف فى ثمن معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم واتفقوا على امتناعه فيما لا يثبت فى الذمة وهى الدور والعقار وأما سائر ذلك من العروض والحيوان فاختلفوا فيها فمنع ذلك داود وطائفة من أهل الظاهر مصيرا الى ظاهر هذا الحديث والجمهور على أنه جائز فى العروض التى تنضبط بالصفة والعدد واختلفوا من ذلك فيما ينضبط مما لا ينضبط بالصفة فمن ذلك الحيوان والرقيق فذهب مالك والشافعى والاوزاعى والليث الى أن السلم فيهما جائز وهو قول ابن عمر من الصحابة وقال أبو حنيفة والثورى وأهل العراق لا يجوز السلم فى الحيوان وهو قول ابن مسعود وعن عمر فى ذلك قولان وعمدة أهل العراق فى ذلك ما روى عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف فى الحيوان وهذا الحديث ضعيف عند الفريق الأول وربما احتجوا أيضا بنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع

الحيوان بالحيوان نسيئة وعمدة من أجاز السلم فى الحيوان ماروى عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشا فنفدت الابل فأمره أن يأخذ على قلاص الصدقة فأخذ البعير بالبعيرين الى ابل الصدقة وحديث أبى رافع أيضا أن النبى صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا قالوا وهذا كله يدل على ثبوته فى الذمة فسبب اختلافهم شيآن أحدهما تعارض الآثار فى هذا المعنى والثانى تردد الحيوان بين أن يضبط بالصفة أو لا يضبط فمن نظر الى تباين الحيوان فى الخلق والصفات وبخاصة صفات النفس قال لا تنضبط ومن نظر الى تشابهها قال تنضبط ومنها اختلافهم فى البيض والدر وغير ذلك فلم يجز أبو حنيفة السلم فى البيض وأجازه مالك بالعدد وكذلك فى اللحم أجازه مالك والشافعى ومنعه أبو حنيفة وكذلك السلم فى الرؤس والأكارع أجازه مالك ومنعه أبو حنيفة واختلف فى ذلك قول الشافعى وكذلك السلم فى الدر والفصوص أجازه مالك ومنعه الشافعى وقصدنا من هذه المسائل انما هو الاصول الضابطة للشريعة لا احصاء الفروع لان ذلك غير منحصر

﴿وأما شروطه﴾ فمنها مجمع عليها ومنها مختلف فيها فاما المجمع عليها فهى ستة منها أن يكون الثمن والمثمون مما يجوز فيه النساء وامتناعه فيما لا يجوز فيه النساء وذلك اما اتفاق المنافع على مايراه مالك رحمه الله وأما اتفاق الجنس على مايراه أبو حنيفة وأما اعتبار الطعم مع الجنس على مايراه الشافعى فى علة النساء ومنها أن يكون مقدرا اما بالكيل أو بالوزن أو العدد ان كان مما شأنه أن يلحقه التقدير أو منضبطا بالصفة ان كان مما المقصود منه الصفة ومنها أن يكون موجودا عند حلول الأجل ومنها أن يكون الثمن غير مؤجل أجلا بعيدا لئلا يكون من باب الكالئ بالكالئ هذا فى الجلة واختلفوا فى اشتراط اليومين والثلاثة فى تأخير نقد الثمن بعد اتفاقهم على أنه لا يجوز فى المدة الكثيرة ولا مطلقا فاجاز مالك اشتراط تأخير اليومين والثلاثة وكذلك أجاز تأخيره بلا شرط وذهب أبو حنيفة والشافعى الى أن من شرطه التقابض فى المجلس كالصرف فهذه ستة متفق عليها واختلفوا فى أربعة أحدها الاجل هل هو شرط فيه أم لا والثانى هل من شرطه أن يكون جنس المسلم فيه موجودا فى حال عقد السلم أم لا والثالث اشتراط مكان دفع السلم فيه

والرابع أن يكون الثمن مقدرا اما مكيلا واما موزونا واما معدودا وأن لا يكون جزافا فاما الاجل فان أبا حنيفة هو عنده شرط صحة بلا خلاف عنه فى ذلك وأما مالك فالظاهر من مذهبه والمشهور عنه انه من شرط السلم وقد قيل انه يتخرج من بعض الروايات عنه جواز السلم الحال وأما اللخمى فانه فصل الامر فى ذلك فقال ان السلم فى المذهب يكون على ضربين سلم حال وهو الذى يكون من شأنه بيع تلك السلعة وسلم مؤجل وهو الذى يكون ممن ليس من شأنه بيع تلك السلعة وعمدة من اشترط الاجل شيآن ظاهر حديث ابن عباس والثانى انه اذا لم يشترط فيه الاجل كان من باب بيع ماليس عند البائع المنهى عنه وعمدة الشافعى انه اذا جاز مع الاجل فهو حالا أجوز لانه أقل غررا وربما استدلت الشافعية بما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم اشترى جملا من اعرابى بوسق تمر فلما دخل البيت لم يجد التمر فاستقرض النبى صلى الله عليه وسلم تمرا وأعطاه اياه قالوا فهذا هو شراء حال بتمر فى الذمة وللمالكية من طريق المعنى أن السلم انما جوّز لموضع الارتفاق ولان المسلف يرغب فى تقديم الثمن لاسترخاص المسلم فيه والمسلم اليه يرغب فيه لموضع النسيئة واذا لم يشترط الاجل زال هذا المعنى واختلفوا فى الاجل فى موضعين أحدهما هل يقدر بغير الايام والشهور مثل الجذاذ والقطاف والحصاد والموسم والثانى فى مقداره من الايام وتحصيل مذهب مالك فى مقداره من الايام أن المسلم فيه على ضربين ضرب يقتضى بالبلد المسلم فيه وضرب يقتضى بغير البلد الذى وقع فيه السلم فان اقتضاه فى البلد المسلم فيه فقال ابن القاسم ان المعتبر فى ذلك أجل تختلف فيه الاسواق وذلك خمسة عشر يوما أو نحوها وروى ابن وهب عن مالك أنه يجوز لليومين والثلاثة وقال ابن عبد الحكم لا بأس به الى اليوم الواحد وأما ما يقتضى ببلد آخر فان الاجل عندهم فيه هو قطع المسافة التى بين البلدين قلت أو كثرت وقال أبو حنيفة لا يكون أقل من ثلاثة أيام فمن جعل الاجل شرطا غير معلل اشترط منه أقل ما ينطلق عليه الاسم ومن جعله شرطا معللا باختلاف الاسواق اشترط من الايام ما تختلف فيه الاسواق غالبا وأما الاجل الى الجذاذ والحصاد وما أشبه ذلك فأجازه مالك ومنعه أبو حنيفة والشافعى فمن رأى ان الاختلاف الذى يكون فى أمثال هذه الآجال يسير أجاز ذلك اذ

الغرر اليسير معفو عنه فى الشرع وشبهه بالاختلاف الذى يكون فى المشهور من قبل الزيادة والنقصان ومن رأى انه كثير وانه أكثر من الاختلاف الذى يكون من قبل نقصان الشهور وكمالها لم يجزه وأما اختلافهم فى هل من شرط السلم أن يكون جنس المسلم فيه موجودا فى حين عقد السلم فان مالكا والشافعى وأحمد واسحق وأبا ثور لم يشترطوا ذلك وقالوا يجوز السلم فى غير وقت ابانه وقال أبو حنيفة وأصحابه والثورى والاوزاعى لا يجوز السلم الا فى ابان الشئ المسلم فيه فحجة من لم يشترط الابان ماورد فى حديث ابن عباس ان الناس كانوا يسلمون فى التمر السنتين والثلاث فاقر ذلك ولم ينهوا عنه وعمدة الحنفية ماروى من حديث ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا تسلموا فى النخل حتى يبدو صلاحها وكأنهم رأوا أن الغرر يكون فيه أكثر اذا لم يكن موجودا فى حال العقد وكأنه يشبه بيع مالم يخلق أكثر وان كان ذلك معينا وهذا فى الذمة وبهذا فارق السلم بيع مالم يخلق

﴿وأما الشرط الثالث﴾ وهو مكان القبض فان أبا حنيفة اشترطه تشبيها بالزمان ولم يشترطه غيره وهم الاكثر وقال القاضى أبو محمد الافضل اشتراطه وقال ابن المواز ليس يحتاج الى ذلك

﴿وأما الشرط الرابع﴾ وهو أن يكون الثمن مقدرا مكيلا أوموزونا أومعدودا أومذروعا لا جزافا فاشترط ذلك أبو حنيفة ولم يشترطه الشافعى ولا صاحبا أبى حنيفة أبو يوسف ومحمد قالوا وليس يحفظ عن مالك فى ذلك نص الا أنه يجوز عنده بيع الجزاف الا فيما يعظم الغرر فيه على ماتقدم من مذهبه وينبغى أن تعلم أن التقدير فى السلم يكون بالوزن فيما يمكن فيه الوزن وبالكيل فيما يمكن فيه الكيل وبالذرع فيما يمكن فيه الذرع وبالعدد فيما يمكن فيه العدد وان لم يمكن فيه أحد هذه التقديرات انضبط بالصفات المقصودة من الجنس مع ذكر الجنس ان كان أنواعا مختلفة أومع تركه ان كان نوعا واحدا ولم يختلفوا أن السلم لا يكون الا فى الذمة وأنه لا يكون فى معين وأجاز مالك السلم فى قرية معينة اذا كانت مأمونة وكأنه رآها مثل الذمة

(الباب الثانى)

وفى هذا الباب فروع كثيرة لكن نذكر منها المشهور ﴿مسئلة﴾ اختلف

العلماء فيمن أسلم فى شئ من الثمر فلما حل الاجل تعذر تسليمه حتى عدم ذلك المسلم
فيه وخرج زمانه فقال الجمهور اذا وقع ذلك كان المسلم بالخيار بين أن يأخذ الثمن
أو يصبر الى العام القابل وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وابن القاسم وحجتهم أن العقد
وقع على موصوف فى الذمة فهو باق على أصله وليس من شرط جوازه أن يكون من
ثمار هذه السنة وانما هو شئ شرطه المسلم فهو فى ذلك بالخيار وقال أشهب من أصحاب
مالك ينفسخ السلم ضرورة ولا يجوز التأخير وكأنه رآه من باب الكالئ بالكالئ
وقال سحنون ليس له أخذ الثمن وانما له أن يصبر الى القابل واضطرب قول مالك
فى هذا والمعتمد عليه فى هذه المسئلة ما رآه أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم وهو الذى
اختاره أبو بكر الطرطوشي والكالئ بالكالئ المنهى عنه انما هو المقصود لا الذى
يدخل اضطرارا ﴿مسئلة﴾ اختلف العلماء فى بيع المسلم فيه اذا حان الأجل من
المسلم اليه قبل قبضه فمن العلماء من لم يجز ذلك أصلا وهم القائلون بأن كل شئ لا يجوز
بيعه قبل قبضه وبه قال أبو حنيفة وأحمد واسحق وتمسك أحمد واسحق فى منع هذا
بحديث عطية العوفى عن أبى سعيد الخدرى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
من أسلم فى شئ فلا يصرفه فى غيره وأما مالك فانه منع شراء المسلم فيه قبل قبضه
فى موضعين أحدهما اذا كان المسلم فيه طعاما وذلك بناء على مذهبه فى أن الذى
يشترط فى بيعه القبض هو الطعام على ما جاء عليه النص فى الحديث والثانى اذا لم
يكن المسلم فيه طعاما فأخذ عوضه المسلم ما لا يجوز أن يسلم فيه رأس ماله مثل أن يكون
المسلم فيه عرضا والثمن عرضا مخالفا له فيأخذ المسلم من المسلم اليه اذا حان الاجل شيأ
من جنس ذلك العرض الذى هو الثمن وذلك ان هذا يدخله اما سلف وزيادة ان
كان العرض المأخوذ أكثر من رأس مال السلم واما ضمان وسلف ان كان مثله
أو أقل وكذلك ان كان رأس مال السلم طعاما لم يجز أن يأخذ فيه طعاما آخر أكثر
منه لا من جنسه ولا من غير جنسه فان كان مثل طعامه فى الجنس والكيل والصفة
فيما حكاه عبد الوهاب جاز لانه يحمله على العروض وكذلك يجوز عنده أن يأخذ من
الطعام المسلم فيه طعاما من صفته وان كان أقل جودة لأنه عنده من باب البدل
فى الدنانير والاحسان مثل أن يكون له عليه قمح فيأخذ بكيلته شعيرا وهذا

كله من شرطه عند مالك أن لا يتأخر القبض لانه يدخله الدين بالدين وان كان رأس مال السلم عينا وأخذ المسلم فيه عينا من جنسه جاز مالم يكن أكثر منه ولم يتهمه على بيع العين بالعين نسيئة اذا كان مثله أو أقل وان أخذ دراهم فى دنانير لم يتهمه على الصرف المتأخر وكذلك ان أخذ فيه دنانير من غير صنف الدنانير التى هى رأس مال السلم وأما بيع السلم من غير المسلم اليه فيجوز بكل شئ يجوز به التبايع مالم يكن طعاما لانه يدخله بيع الطعام قبل قبضه وأما الاقالة فمن شرطها عند مالك أن لا يدخلها زيادة ولا نقصان فان دخلها زيادة أو نقصان كان بيعا من البيوع ودخلها ما يدخل البيوع أعنى أنها تفسد عنده بما يفسد بيوع الآجال مثل أن يتذرع الى بيع وسلف أو الى ضع وتعجل أو الى بيع السلم بما لا يجوز بيعه مثال ذلك فى دخول بيع وسلف به اذا حل الأجل فأقاله على أن أخذ البعض وأقال من البعض فانه لا يجوز عنده فانه يدخله التذرع الى بيع وسلف وذلك جائز عند الشافعى وأبى حنيفة لأنهما لا يقولان بتحريم بيوع الذرائع ﴿مسئلة﴾ اختلف العلماء فى الشراء برأس مال السلم من المسلم اليه شيأ بعد الاقالة بما لا يجوز قبل الاقالة فمن العلماء من لم يجزه أصلا ورأى أن الاقالة ذريعة الى أن يجوز من ذلك ما لا يجوز وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك وأصحابه الا أن عند أبى حنيفة لا يجوز على الاطلاق اذ كان لا يجوز عنده بيع المسلم فيه قبل القبض على الاطلاق ومالك يمنع ذلك فى المواضع التى يمنع بيع المسلم فيه قبل القبض على ما فصلناه قبل هذا من مذهبه ومن العلماء من أجازه وبه قال الشافعى والثورى وحجتهم ان بالاقالة قد ملك رأس ماله فاذا ملكه جازله أن يشترى به ما أحب والظن الردىء بالمسلمين غير جائز قال وأما حديث أبى سعيد فانه انما وقع النهى فيه قبل الاقالة ﴿مسئلة﴾ اختلفوا اذا ندم المبتاع فى السلم فقال للبائع أقلنى وأنظرك بالثمن الذى دفعت اليك فقال مالك وطائفة ذلك لا يجوز وقال قوم يجوز واعتل مالك فى ذلك مخافة أن يكون المشترى لما حل له الطعام على البائع أخره عنه على أن يقيله فكان ذلك من باب بيع الطعام الى أجل قبل أن يستوفى وقوم اعتلوا لمنع ذلك بأنه من باب فسخ الدين بالدين والذين رأوه جائزا رأوا انه من باب المعروف والاحسان الذى أمر الله تعالى به . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من

من أقال مسلما صفقته أقال الله عثرته يوم القيامة ومن أنظر معسرا أظله الله فى ظله يوم لا ظل الا ظله ﴿ مسئلة ﴾ أجمع العلماء على أنه اذا كان لرجل على رجل دراهم أو دنانير الى أجل فدفعها اليه عند محل الاجل و بعده أنه يلزمه أخذها واختلفوا فى العروض المؤجلة من السلم وغيره فقال مالك والجمهور ان أتى بها قبل محل الاجل لم يلزم أخذها وقال الشافعى ان كان مما لا يتغير ولا يقصد به النظارة لزمه أخذه كالنحاس والحديد وان كان مما يقصد به النظارة كالفواكه لم يلزمه وأما اذا أتى به بعد محل الاجل فاختلف فى ذلك أصحاب مالك فروى عنه أنه يلزمه قبضه مثل أن يسلم فى قطائف الشتاء فيأتى بها فى الصيف فقال ابن وهب وجماعة لا يلزمه ذلك وحجة الجمهور فى أنه لا يلزمه قبض العروض قبل محل الاجل من قبل انه من ضمانه الى الوقت المضروب الذى قصده ولما عليه من المؤنة فى ذلك وليس كذلك الدنانير والدراهم اذ لا مؤنة فيها ومن لم يلزمه بعد الاجل فحجته أنه رأى أن المقصود من العروض انما كان وقت الاجل لا غيره وأما من أجاز ذلك فى الوجهين أعنى بعد الاجل أو قبله فشبهه بالدنانير والدراهم ﴿ مسئلة ﴾ اختلف العلماء فيمن أسلم الى آخر أو باع منه طعاما على مكيلة ما فاخبر البائع أو المسلم اليه المشترى بكيل الطعام هل للمشترى أن يقبضه منه دون أن يكيله وأن يعمل فى ذلك على تصديقه فقال مالك ذلك جائز فى السلم وفى البيع بشرط النقد والا خيف أن يكون من باب الربا كأنه انما صدقه فى الكيل لمكان انه أنظره بالثمن وقال أبو حنيفة والشافعى والثورى والاوزاعى والليث لا يجوز ذلك حتى يكيله البائع للمشترى مرة ثانية بعد أن كاله لنفسه بحضرة البائع وحجتهم انه لما كان ليس للمشترى أن يبيعه الا بعد أن يكيله لم يكن له أن يقبضه الا بعد أن يكيله البائع له لأنه لما كان من شرط البيع الكيل فكذلك القبض واحتجوا بما جاء فى الحديث أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشترى واختلفوا اذا هلك الطعام فى يد المشترى قبل الكيل فاختلفا فى الكيل فقال الشافعى القول قول المشترى و به قال أبو ثور وقال مالك القول قول البائع لأنه قد صدقه المشترى عند قبضه اياه وهذا مبنى عنده على أن البيع يجوز بنفس تصديقه

(الباب الثالث فى اختلاف المتبايعين فى السلم)

والمتبايعان فى السلم اما أن يختلفا فى قدر الثمن أو المثمون واما فى جنسهما واما فى الأجل
واما فى مكان قبض السلم فاما اختلافهم فى قدر المسلم فيه فالقول فيه قول المسلم اليه
ان أتى بما يشبه والا فالقول أيضا قول المسلم ان أتى أيضا بما يشبه فان أتيا بما لا يشبه
فالقياس أن يتحالفا و يتفاسخا وأما اختلافهم فى جنس المسلم فيه فالحكم فى ذلك
التحالف والتفاسخ مثل أن يقول أحدهما سلمت فى تمر و يقول الآخر فى قمح
وأما اختلافهم فى الاجل فان كان فى حلوله فالقول قول المسلم اليه وان كان فى قدره
فالقول أيضا قول المسلم اليه الا أن يأتى بما لا يشبه مثل أن يدعى المسلم وقتا بان المسلم
فيه ويدعى المسلم اليه غير ذلك الوقت فالقول قول المسلم وأما اختلافهم فى موضع
القبض فالمشهور ان من ادعى موضع عقد السلم فالقول قوله وان لم يدعه واحد منهما
فالقول قول المسلم اليه وخالف سحنون فى الوجه الأول فقال القول قول المسلم اليه
وان ادعى القبض فى موضع العقد وخالف أبو الفرج فى الموضع الثانى فقال اذا لم يدع
واحد منهما موضع العقد تحالفا وتفاسخا وأما اختلافهم فى الثمن فحكمه حكم
اختلاف المتبايعين قبل القبض وقد تقدم ذلك

كتاب بيع الخيار

والنظر فى أصول هذا الباب اما أولا فهل يجوز أم لا وان جاز فكم مدة الخيار وهل
يشترط النقد فيه أم لا وممن ضمان المبيع فى مدة الخيار وهل يورث الخيار أم لا ومن يصح
خياره ممن لا يصح وما يكون من الافعال خيارا كالقول أما جواز الخيار فعليه
الجمهور الا الثورى وابن أبى شبرمة وطائفة من أهل الظاهر وعمدة الجمهور حديث
حبان بن منقذ وفيه ولك الخيار ثلاثا وماروى فى حديث ابن عمر البيعان بالخيار مالم
يفترقا الا بيع الخيار وعمدة من منعه انه غرر وأن الاصل هو اللزوم فى البيع الا أن يقوم
دليل على جواز البيع على الخيار من كتاب الله أو سنة ثابتة أو اجماع قالوا وحديث
حبان اما أنه ليس بصحيح واما أنه خاص لما شكى اليه صلى الله عليه وسلم أنه يخدع
فى البيوع قالوا وأما حديث ابن عمر وقوله فيه الا بيع الخيار فقد فسر المعنى المراد بهذا

اللفظ وهو ما ورد فيه من لفظ آخر وهو أن يقول أحدهما لصاحبه اختر وأما مدة الخيار عند الذين قالوا بجوازه فرأى مالك ان ذلك ليس له قدر محدود فى نفسه وانه انما يتقدر بتقدر الحاجة الى اختلاف المبيعات وذلك يتفاوت بتفاوت المبيعات فقال مثل اليوم واليومين فى اختيار الثوب والجمعة والخمسة الايام فى اختيار الجارية والشهر ونحوه فى اختيار الدار وبالجملة فلا يجوز عنده الاجل الطويل الذى فيه فضل عن اختيار المبيع وقال الشافعى وأبو حنيفة أجل الخيار ثلاثة أيام لا يجوز أكثر من ذلك وقال أحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز الخيار لأى مدة اشترطت وبه قال داود واختلفوا فى الخيار المطلق دون المقيد بمدة معلومة فقال الثورى والحسن بن حيى وجماعة بجواز اشتراط الخيار مطلقا ويكون له الخيار أبدا وقال مالك يجوز الخيار المطلق ولكن السلطان يضرب فيه أجل مثله وقال أبو حنيفة والشافعى لا يجوز بحال الخيار المطلق ويفسد البيع واختلف أبو حنيفة والشافعى ان وقع الخيار فى الثلاثة الايام زمن الخيار المطلق فقال أبو حنيفة ان وقع فى الثلاثة الايام جاز وان مضت الثلاثة فسد البيع وقال الشافعى بل هو فاسد على كل حال فهذه هى أقاويل فقهاء الامصار فى مدة الخيار وهى هل يجوز مطلقا أو مقيدا وان جاز مقيدا فكم مقداره وان لم يجز مطلقا فهل من شرط ذلك أن لا يقع الخيار فى الثلاث أم لا يجوز بحال وان وقع فى الثلاث فأما أدلتهم فان عمدة من لم يجز الخيار هو ما قلناه وأما عمدة من لم يجز الخيار الا ثلاثا فهو ان الاصل هو أن لا يجوز الخيار فلا يجوز منه الا ما ورد فيه النص فى حديث منقذ ابن حبان أو حبان بن منقذ وذلك كسائر الرخص المستثناة من الاصول مثل استثناء العرايا من المزابنة وغير ذلك قالوا وقد جاء تحديد الخيار بالثلاث فى حديث المصراة وهو قوله من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام وأما حديث منقذ فاشبه طرقه المتصلة ما رواه محمد بن اسحق عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمنقذ وكان يخدع فى البيع اذا بعت فقل لا خلابة وأنت بالخيار ثلاثا وأما عمدة أصحاب مالك فهو ان المفهوم من الخيار هو اختيار المبيع واذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدودا بزمان امكان اختيار المبيع وذلك يختلف بحسب مبيع مبيع فكأن النص انما ورد عندهم تنبيها على هذا المعنى وهو عندهم من باب

الخاص أريد به العام وعند الطائفة الاولى من باب الخاص أريد به الخاص وأما اشتراط النقد فانه لا يجوز عند مالك وجميع أصحابه لتردده عندهم بين السلف والبيع وفيه ضعف وأما من ضمان المبيع في مدة الخيار فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وأصحابه والليث والاوزاعي مصيبته من البائع والمشتري أمين وسواء كان الخيار لهما أو لأحدهما وقد قيل في المذهب انه ان كان هلك بيد البائع فلا خلاف في ضمانه اياه وان كان هلك بيد المشتري فالحكم كالحكم في الرهن والعارية ان كان مما يغاب عليه فضمانه منه وان كان مما لا يغاب عليه فضمانه من البائع وقال أبو حنيفة ان كان شرط الخيار لكليهما أو للبائع وحده فضمانه من البائع والمبيع على ملكه وأما ان كان شرطه المشتري وحده فقد خرج المبيع عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري وبقي معلقا حتى ينقضي الخيار وقد قيل عنه ان على المشتري الثمن وهذا يدل على أنه قد دخل عنده في ملك المشتري وللشافعي قولان أشهرهما أن الضمان من المشتري لايهما كان الخيار فعمدة من رأى أن الضمان من البائع على كل حال انه عقد غير لازم فلم ينتقل الملك عن البائع كما لو قال بعتك ولم يقل المشتري قبلت وعمدة من رأى انه من المشتري تشبيهه بالبيع اللازم وهو ضعيف لقياسه موضع الخلاف على موضع الاتفاق وأما من جعل الضمان لمشترط الخيار اذا شرطه أحدهما ولم يشترطه الثاني فلانه ان كان البائع هو المشترط فالخيار له ابقاء للمبيع على ملكه وان كان المشتري هو المشترط له فقط فقد صرفه البائع عن ملكه وأبانه فوجب ان يدخل في ملك المشتري ومن قال يخرج من ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري اذا كان المشتري هو الذي شرطه فقط قال قد خرج عن ملك البائع لأنه لم يشترط خيارا ولم يلزم ان يدخل في ملك المشتري لأنه شرط الخيار في رد الآخر له ولكن هذا القول يمانع الحكم فانه لابد ان تكون مصيبته من أحدهما والخلاف آيل الى هل الخيار مشترط لايقاع الفسخ في البيع أو لتتميم البيع فاذا قلنا لفسخ البيع فقد خرج من ضمان البائع وان قلنا لتتميمه فهو في ضمانه

﴿وأما المسئلة الخامسة﴾ وهي هل يورث خيار المبيع أم لا فان مالكا والشافعي وأصحابهما قالوا يورث وانه اذا مات صاحب الخيار فلورثته من الخيار مثل ما كان له وقال أبو حنيفة وأصحابه يبطل الخيار بموت من له الخيار ويتم البيع وهكذا عنده خيار

الشفعة وخيار قبول الوصية وخيار الاقالة وسلم لهم أبو حنيفة خيار الرد بالعيب أعني أنه قال يورث وكذلك خيار استحقاق الغنيمة قبل القسم وخيار القصاص وخيار الرهن وسلم لهم مالك خيار رد الأب ماوهبه لابنه أعني انه لم يلورثة الميت من الخيار في رد ماوهبه لابنه ما جعل له الشرع من ذلك أعني للاب وكذلك خيار الكتابة والطلاق واللعان ومعنى خيار الطلاق ان يقول الرجل لرجل آخر طلق امرأتي متى شئت فيموت الرجل المجعول له الخيار فان ورثته لا يتنزلون منزلته عند مالك وسلم الشافعي ماسلمت المالكية للحنفية من هذه الخيارات وسلم زائدا خيار الاقالة والقبول فقال لا يورثان وعمدة المالكية والشافعية ان الاصل هو ان تورث الحقوق والاموال الا ماقام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال وعمدة الحنفية ان الاصل هو ان يورث المال دون الحقوق الا ماقام دليله من الحاق الحقوق بالاموال فوضع الخلاف هل الأصل هو أن تورث الحقوق كالاموال أم لا وكل واحد من الفريقين يشبه من هذا مالم يسلمه له خصمه منها بما يسلمه منها له ويحتج على خصمه فالمالكية والشافعية تحتج على أبي حنيفة بتسليمه وراثة خيار الرد بالعيب ويشبه سائر الخيارات التي يورثها به والحنفية تحتج أيضا على المالكية والشافعية بما تمنع من ذلك وكل واحد منهم يروم ان يعطي فارقا فيما يختلف فيه قوله ومشابها فيما يتفق فيه قوله ويروم في قول خصمه بالضد أعني ان يعطي فارقا فيما يضعه الخصم متفقا ويعطي اتفاقا فيما يضعه الخصم متباينا مثل ماتقول المالكية انما قلنا ان خيار الأب في رد هبته لا يورث لأن ذلك خيار راجع الى صفة في الاب لا توجد في غيره وهي الابوة فوجب أن لا تورث لا الى صفة في العقد وهذا هو سبب اختلافهم في خيار خيار أعني انه من انقدح له في شيء منها انه صفة للعقد ورثه ومن انقدح له انه صفة خاصة بذي الخيار لم يورثه

﴿وأما المسئلة السادسة﴾ وهي من يصح خياره فانهم اتفقوا على صحة خيار المتبايعين واختلفوا في اشتراط خيار الاجنبي فقال مالك يجوز ذلك والبيع صحيح وقال الشافعي في أحد قوليه لا يجوز الا ان يوكله الذي جعل له الخيار ولا يجوز الخيار عنده على هذا القول لغير العاقد وهو قول أحمد وللشافعي قول آخر مثل قول مالك وبقول مالك قال أبو حنيفة واتفق المذهب على ان الخيار للاجنبي اذا جعله له المتبايعان وان قوله

لهما واختلاف المذهب اذا جعله أحدهما فاختلاف البائع ومن جعل له البائع الخيار أو المشترى ومن جعل له المشترى الخيار فقيل القول فى الامضاء والرد قول الاجنبى سواء اشترط خياره البائع أو المشترى وقال عكس هذا القول من جعل خياره هنا مشورة وقيل بالفرق بين البائع والمشترى أى ان القول فى الامضاء والرد قول البائع دون الاجنبى وقول الاجنبى دون المشترى ان كان المشترى هو مشترط الخيار وقيل القول قول من أراد منهما الامضاء وان أراد البائع الامضاء وأراد الاجنبى الذى اشترط البائع خياره الرد ووافقه المشترى فالقول قول البائع فى الامضاء وان أراد البائع الرد وأراد الاجنبى الامضاء ووافقه المشترى فالقول قول المشترى وكذلك ان اشترط الخيار للاجنبى المشترى فالقول فيهما قول من أراد الامضاء وكذلك الحال فى المشترى وقيل بالفرق فى هذا بين البائع والمشترى أى ان اشترطه البائع فالقول قول من أراد الامضاء منهما وان اشترطه المشترى فالقول قول الاجنبى وهو ظاهر ما فى المدونة وهذا كله ضعيف واختلفوا فيمن اشترط من الخيار ما لا يجوز مثل ان يشترط أجلا مجهولا وخيارا فوق الثلاث عند من لا يجوز الخيار فوق الثلاث أو خيار رجل بعيد الموضع بعينه أعنى أجنبيا فقال مالك والشافعى لا يصح البيع وان أسقط الشرط الفاسد وقال أبو حنيفة يصح البيع مع اسقاط الشرط الفاسد فأصل الخلاف هل الفساد الواقع فى البيع من قبل الشرط يتعدى الى العقد أم لا يتعدى وانما هو فى الشرط فقط فمن قال يتعدى أبطل البيع وان أسقطه ومن قال لا يتعدى قال البيع يصح اذا أسقط الشرط الفاسد لأنه يبقى العقد صحيحا

(كتاب بيع المرابحة)

أجمع جمهور العلماء على ان البيع صنفان مساومة ومرابحة وان المرابحة هى ان يذكر البائع للمشترى الثمن الذى اشترى به السلعة ويشترط عليه ربحا ما للدينار أو الدرهم واختلفوا من ذلك بالجملة فى موضعين أحدهما فيما للبائع أن يعده من رأس مال السلعة مما أنفق على السلعة بعد الشراء مما ليس له ان يعده من رأس المال والموضع الثانى اذا كذب البائع للمشترى فأخبره انه اشتراه بأكثر مما اشترى السلعة به

أووهم فاخبر بأقل مما اشترى به السلعة ثم ظهر له انه اشتراها بأكثر ففى هذا الكتاب بحسب اختلاف فقهاء الامصار بابان الباب الأول فيما يعد من رأس المال مما لا يعد وفى صفة رأس المال الذى يجوز ان يبنى عليه الربح الثانى حكم ماوقع من الزيادة أو النقصان فى خبر البائع بالثمن

(الباب الاول)

فأما ما يعد فى الثمن مما لا يعد فان تحصيل مذهب مالك فى ذلك ان ماينوب البائع على السلعة زائدا على الثمن ينقسم ثلاثة أقسام قسم يعد فى أصل الثمن ويكون له حظ من الربح وقسم يعد فى أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح وقسم لا يعد فى أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح فأما الذى يحسبه فى رأس المال ويجعل له حظا من الربح فهو ما كان مؤثرا فى عين السلعة مثل الخياطة والصبغ وأما الذى يحسبه فى رأس المال ولا يجعل له حظا من الربح فالا يؤثر فى عين السلعة مما لا يمكن البائع ان يتولاه بنفسه كحمل المتاع من بلد الى بلد وكراء البيوت التى توضع فيها وأما الا يحتسب فيه فى الامرين جميعا فما ليس له تأثير فى عين السلعة مما يمكن ان يتولاه صاحب السلعة بنفسه كالسمسرة والطى والشد وقال أبو حنيفة بل يحمل على ثمن السلعة كل ما نابه عليها وقال أبو ثور لا تجوز المرابحة الا بالثمن الذى اشترى به السلعة فقط الا ان يفصل ويفسخ عنده ان وقع قال لانه كذب لانه يقول له ثمن سلعتى كذا وكذا وليس الأمر كذلك وهو عنده من باب الغش وأما صفة رأس الثمن الذى يجوز ان يخبر به فان مالكا والليث قالا فيمن اشترى سلعة بدنانير والصرف يوم اشتراها صرف معلوم ثم باعها بدراهم والصرف قد تغير الى زيادة انه ليس له ان يعلم يوم باعها بالدنانير التى اشتراها لأنه من باب الكذب والخيانة وكذلك ان اشتراها بدراهم ثم باعها بدنانير وقد تغير الصرف واختلف أصحاب مالك من هذا الباب فيمن ابتاع سلعة بعروض هل يجوز له ان يبيعها مرابحة أم لا يجوز فاذا قلنا بالجواز فهل يجوز بقيمة العرض أو بالعرض نفسه فقال ابن القاسم يجوز له بيعها على ما اشتراه به من العروض ولا يجوز على القيمة وقال أشهب لا يجوز لمن

اشترى سلعة بشئ من العروض ان يبيعها مرابحة لأنه يطالبه بعروض على صفة عرضه وفي الغالب ليس يكون عنده فهو من باب بيع ماليس عنده واختلف مالك وأبو حنيفة فيمن اشترى سلعة بدنانير فأخذ في الدنانير عروضا أو دراهم هل يجوز له بيعها مرابحة دون ان يعلم بما نقد أم لا يجوز فقال مالك لا يجوز الا ان يعلم ما نقد وقال أبو حنيفة يجوز ان يبيعها منه مرابحة على الدنانير التى ابتاع بها السلعة دون العروض التى أعطى فيها أو الدراهم وقال مالك أيضا فيمن اشترى سلعة بأجل فباعها مرابحة انه لا يجوز حتى يعلم بالاجل وقال الشافعي ان وقع كان للمشترى مثل أجله وقال أبو ثور هو كالعيب وله الرد به وفي هذا الباب في المذهب فروع كثيرة ليست مما اقصدناه

(الباب الثانى)

واختلفوا فيمن ابتاع سلعة مرابحة على ثمن ذكره ثم ظهر بعد ذلك اما باقراره واما ببينة ان الثمن كان أقل والسلعة قائمة فقال مالك وجماعة المشترى بالخيار اما أن يأخذ بالثمن الذى صح أو يترك اذا لم يلزمه البائع أخذها بالثمن الذى صح وان ألزمه لزمه وقال أبو حنيفة وزفر بل المشترى بالخيار على الاطلاق ولا يلزمه الأخذ بالثمن الذى ان ألزمه البائع لزمه وقال الثورى وابن أبى ليلى وأحمد وجماعة بل يبقى البيع لازما لهما بعد حط الزيادة وعن الشافعي القولان القول بالخيار مطلقا والقول باللزوم بعد الحط فحجة من أوجب البيع بعد الحط ان المشترى انما أربحه على ما ابتاع به السلعة لا غير ذلك فلما ظهر خلاف ما قال وجب ان يرجع الى الذى ظهر كما لو أخذه بكيل معلوم فخرج بغير ذلك الكيل انه يلزمه توفية ذلك الكيل وحجة من رأى ان الخيار مطلقا تشبيه الكذب في هذه المسئلة بالعيب أعنى انه كما يوجب العيب الخيار كذلك يوجب الكذب وأما اذا فاتت السلعة فقال الشافعي يحط مقدار ما زاد من الثمن وما وجب له من الربح وقال مالك ان كانت قيمتها يوم القبض أو يوم البيع على خلاف عنه فى ذلك مثل ما وزن المبتاع أو أقل فلا يرجع عليه المشترى بشئ وان كانت القيمة أقل خير البائع بين رده للمشترى القيمة أو رده الثمن أو امضائه السلعة بالثمن الذى صح وأما اذا باع الرجل سلعته مرابحة ثم أقام البينة ان ثمنها أكثر مما

ذكروانه وهم فى ذلك وهى قائمة فقال الشافعى لا يسمع من تلك البينة لأنه كذبها وقال مالك يسمع منها و يجبر المبتاع على ذلك الثمن وهذا بعيد لأنه بيع آخر وقال مالك فى هذا المسئلة اذا فاتت السلعة ان المبتاع مخير بين ان يعطى قيمة السلعة يوم قبضها أوان يأخذها بالثمن الذى صح فهذه هى مشهورات مسائلهم فى هذا الباب ومعرفة أحكام هذا البيع تنبنى فى مذهب مالك على معرفة أحكام ثلاث مسائل وما تركب منها حكم مسئلة الكذب وحكم مسئلة الغش وحكم مسئلة وجود العيب فأما حكم الكذب فقد تقدم وأما حكم الرد بالعيب فهو حكمه فى البيع المطلق وأما حكم الغش عنده فهو تخيير البائع مطلقا وليس للبائع ان يلزمه البيع وان حط عنه مقدار الغش كما له ذلك فى مسئلة الكذب هذا عند ابن القاسم وأما عند أشهب فان الغش عنده ينقسم قسمين قسم مؤثر فى الثمن وقسم غير مؤثر فأما غير المؤثر فلا حكم عنده فيه وأما المؤثر فحكمه عنده حكم الكذب وأما التى تتركب فهى أربع مسائل كذب وغش وكذب وتدليس وغش وتدليس بعيب وكذب وغش وتدليس بعيب وأصل مذهب ابن القاسم فيها انه يأخذ بالذى بقى حكمه ان كان فات بحكم أحدهما أو بالذى هو أرجح له ان لم يفت بحكم أحدهما اما على التخيير حيث يمكن التخيير أو الجمع حيث يمكن الجمع وتفصيل هذا الائق بكتب الفروع أعنى مذهب ابن القاسم وغيره

﴿ كتاب بيع العرية ﴾

اختلف الفقهاء فى معنى العرية والرخصة التى أتت فيها فى السنة فحكى القاضى أبو محمد عبد الوهاب المالكى ان العرية فى مذهب مالك هى أن يهب الرجل ثمرة نخلة أو نخلات من حائطه لرجل بعينه فيجوز للمعرى شراؤها من المعرى له بخرصها تمرا على شروط أربعة أحدها ان تزهى والثانى ان تكون خمسة أوسق فما دون فان زادت فلا يجوز والثالث ان يعطيه التمر الذى يشتريها به عند الجذاذ فان أعطاه نقدا لم يجز والرابع ان يكون التمر من صنف ثمر العرية ونوعها فعلى مذهب مالك الرخصة فى العرية انما هى فى حق المعرى فقط والرخصة فيها انما هى استثناؤها من المزابنة وهى بيع الرطب بالتمر الجاف الذى ورد النهى عنه ومن صنفى الربا أيضا أعنى التفاضل والنساء وذلك ان بيع تمر معلوم الكيل بثمر معلوم بالتخمين وهو الخرص فيدخله بيع

الجنس الواحد متفاضلا وهو أيضا غير بتمر الى أجل فهذا هو مذهب مالك فيما هي العرية وما هي الرخصة فيها ولمن الرخصة فيها وأما الشافعي فمعنى الرخصة الواردة عنده فيها ليست للمعرى خاصة وانما هي لكل أحد من الناس أراد ان يشترى هذا القدر من التمر أعنى الخمسة أوسق أو ما دون ذلك بتمر مثلها وروى أن الرخصة فيها انما هي معلقة بهذا القدر من التمر لضرورة الناس ان يأكلوا رطبا وذلك لمن ليس عنده رطب ولا تمر (١) يشترى به الرطب والشافعي يشترط فى اعطاء التمر الذى تباع به العرية ان يكون نقدا ويقول ان تفرقا قبل القبض فسد البيع والعرية جائزة عند مالك فى كل ما ييبس ويدخر وهى عند الشافعى فى التمر والعنب فقط ولا خلاف فى جوازها فيما دون الخمسة الاوسق عند مالك والشافعى وعنهما الخلاف اذا كانت خمسة أوسق فروى الجواز عنهما والمنع والاشهر عند مالك الجواز فالشافعي يخالف مالكا فى العرية فى أربعة مواضع أحدها فى سبب الرخصة كما قلنا والثانى أن العرية التى رخص فيها ليست هبة وانما سميت هبة على التجوز والثالث فى اشتراط النقد عند البيع والرابع فى محلها فهى عنده كما قلنا فى التمر والعنب فقط وعند مالك فى كل ما يدخر وييبس وأما أحمد بن حنبل فيوافق مالكا فى أن العرية عنده هى الهبة ويخالفه فى أن الرخصة انما هى عنده فيها للموهوب له أعنى المعرى له لا المعرى وذلك انه يرى ان له ان يبيعها ممن شاء بهذه الصفة لا من المعرى خاصة كما ذهب اليه مالك وأما أبو حنيفة فيوافق مالكا فى ان العرية هى الهبة ويخالفه فى صفة الرخصة وذلك أن الرخصة عنده فيها ليست هى من باب استثنائها من المزابنة ولا هى فى الجملة فى البيع وانما الرخصة عنده فيها من باب رجوع الواهب فى هبته اذ كان الموهوب له لم يقبضها وليست عنده ببيع وانما هى رجوع فى الهبة على صفة مخصوصة وهو أن يعطى بدلها تمرا بخرصها وعمدة مذهب مالك فى العرية انها بالصفة التى ذكرتها المشهورة عندهم بالمدينة قالوا وأصل هذا ان الرجل كان يهب النخلات من حائطه فيشق عليه دخول الموهوب له عليه فأبيح له أن يشتريها

---

(١) هكذا بالنسخ ولعله وعنده تمر يشترى اذ هى فسحة لمن عنده تمر وليس عنده رطب أن يشترى الرطب بالتمر ولذلك اشترط الشافعى دفع التمر نقدا فتأمل اهـ مصححه

بخرصها تمرا عند الجذاذ ومن الحجة له فى أن الرخصة انما هى للمعرى حديث سهل بن أبى حثمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالرطب الا انه رخص فى العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطبا قالوا فقوله يأكلها رطبا دليل على ان ذلك خاص بمعريها لانهم فى ظاهر هذا القول أهلها ويمكن أن يقال ان أهلها هم الذين اشتروها كائنا من كان لكن قوله رطبا هو تعليل لا يناسب المعرى وعلى مذهب الشافعى هو مناسب وهم الذين ليس عندهم رطب ولا تمر يشترونها به ولذلك كانت الحجة للشافعى واما ان العرية عنده هى الهبة فالدليل على ذلك من اللغة فان أهل اللغة قالوا العرية هى الهبة واختلف فى تسميتها بذلك فقيل لانها عريت من الثمن وقيل انها مأخوذة من عروت الرجل أعروه اذا سألته ومنه قوله تعالى (وأطعموا القانع والمعترّ) وانما اشترط مالك نقد الثمن عند الجذاذ أعنى تأخيره الى ذلك الوقت لأنه تمر ورد الشرع بخرصه فكان من سنته أن يتأجل الى الجذاذ أصله الزكاة وفيه ضعف لأنه مصادمة بالقياس لأصل السنة وعنده انه اذا تطوع بعد تمام العقد بتعجيل التمر جاز وأما اشتراطه جوازها فى الخمسة الاوسق أو فيما دونها فلما رواه عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص فى بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق أو فى خمسة أوسق وانما كان عن مالك فى الخمس الاوسق روايتان للشك الواقع فى هذا الحديث من الراوى وأما اشتراطه أن يكون من ذلك الصنف بعينه اذا يبس فلما روى عن زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها تمرا أخرجه مسلم وأما الشافعى فعمدته حديث رافع ابن خديج وسهل بن أبى حثمة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن المزابنة التمر بالتمر الا أصحاب العرايا فانه أذن لهم فيه وقوله فيها يأكلها أهلها رطبا والعرية عندهم هى اسم لما دون الخمسة الاوسق من التمر وذلك أنه لما كان العرف عندهم أن يهب الرجل فى الغالب من نخلاته هذا القدر فما دونه خص هذا القدر الذى جاءت فيه الرخصة باسم الهبة لموافقته فى القدر للهبة وقد احتج لمذهبه بما رواه إسناد منقطع عن محمود بن لبيد أنه قال لرجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم اما زيد بن ثابت واما غيره ما عرايا كم هذه قال فسمى رجالا محتاجين من

الانصار شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الرطب أتى وليس بأيديهم نقد يبتاعون به الرطب فيأكلونه مع الناس وعندهم فضل من قوتهم من التمر فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذى بأيديهم يأكلونها رطبا وانما لم يجز تأخير نقد التمر لانه بيع الطعام بالطعام نسيئة وأما أحمد فحجته ظاهر الاحاديث المتقدمة انه رخص فى العرايا ولم يخص المعرى من غيره وأما أبو حنيفة فلما لم تجز عنده المزابنة وكانت ان جعلت بيعا نوعا من المزابنة رأى ان انصرافها الى المعرى ليس هو من باب البيع وانما هو من باب رجوع الواهب فيما وهب باعطاء خرصها تمرا وتسميته اياها بيعا عنده مجاز وقد التفت الى هذا المعنى مالك فى بعض الروايات عنه فلم يجز بيعها بالدراهم ولا بشئ من الاشياء سوى الخرص وان كان المشهور عنه جواز ذلك وقد قيل ان قول أبى حنيفة هذا هو من باب تغليب القياس على الحديث وذلك انه خالف الاحاديث فى مواضع منها انه لم يسمها بيعا وقد نص الشارع على تسميتها بيعا ومنها انه جاء فى الحديث أنه نهى عن المزابنة ورخص فى العرايا وعلى مذهبه لا تكون العرية استثناء من المزابنة لأن المزابنة هى فى البيع والعجب منه انه سهل عليه أن يستثنيها من النهى عن الرجوع فى الهبة التى لم يقع فيها استثناء بنص الشرع وعسر عليه أن يستثنيها مما استثنى منه الشارع وهى المزابنة والله أعلم

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

(كتاب الاجارات)

والنظر فى هذا الكتاب شبيه بالنظر فى البيوع أعنى ان أصوله تنحصر بالنظر فى أنواعها وفى شروط الصحة فيها والفساد وفى أحكامها وذلك فى نوع نوع منها أعنى فيما يخص نوعا نوعا منها وفيما يعم أكثر من واحد منها فهذا الكتاب ينقسم أولا الى قسمين القسم الأول فى أنواعها وشروط الصحة والفساد والثانى فى معرفة أحكام الاجارات وهذا كله بعد قيام الدليل على جوازها فلنذكر أولا ما فى ذلك من الخلاف ثم نصير الى ذكر ما فى ذينك القسمين من المسائل المشهورة اذ كان قصدنا انما هو ذكر المسائل التى تجرى من هذه الاشياء مجرى الامهات وهى التى اشتهر فيها الخلاف بين فقهاء الامصار (فنقول) ان الاجارة جائزة عند جميع فقهاء الامصار

والصدر الأول وحكى عن الاصم وابن علية منعها ودليل الجمهور قوله تعالى (انى أريد أن أنكحك احدى ابنتىّ هاتين) الآية وقوله (فان أرضعن لكم فآتوهنّ أجورهنّ) ومن السنة الثابتة ماخرّجه البخارى عن عائشة قالت استأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلا من بنى الديل هاديا خريتا وهو على دين كفار قريش فدفعا اليه راحلتيهما وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال براحلتيهما وحديث جابر أنه باع من النبى صلى الله عليه وسلم بعيرا وشرط ظهره الى المدينة وما جاز استيفاؤه بالشرط جاز استيفاؤه بالاجر وشبهة من منع ذلك أن المعاوضات انما يستحق فيها تسليم الثمن بتسليم العين كالحال فى الاعيان المحسوسة والمنافع فى الاجارات فى وقت العقد معدومة فكان ذلك غررا ومن بيع مالم يخلق ونحن نقول انها وان كانت معدومة فى حال العقد فهى مستوفاة فى الغالب والشرع انما لحظ من هذه المنافع مايستوفى فى الغالب أو يكون استيفاؤه وعدم استيفائه على السواء

﴿القسم الأول﴾ وهذا القسم النظر فيه فى جنس الثمن وجنس المنفعة التى يكون الثمن مقابلا لها وصفتها فأما الثمن فينبغى أن يكون مما يجوز بيعه وقد تقدم ذلك فى باب البيوع وأما المنفعة فينبغى أن تكون من جنس مالم ينه الشرع عنه وفى كل هذه مسائل اتفقوا عليها اختلفوا فيها فمما اجتمعوا على ابطال اجارته كل منفعة كانت لشئ محرم العين كذلك كل منفعة كانت محرمة بالشرع مثل أجر النوائح وأجر المغنيات وكذلك كل منفعة كانت فرض عين على الانسان بالشرع مثل الصلاة وغيرها واتفقوا على اجارة الدور والدواب والناس على الافعال المباحة وكذلك الثياب والبسط واختلفوا فى اجارة الارضين وفى اجارة المياه وفى اجارة المؤذن وفى الاجارة على تعليم القرآن وفى اجارة نزو الفحول فأما كراء الارضين فاختلفوا فيها اختلافا كثيرا فقوم لم يجيزوا ذلك بتة وهم الاقل وبه قال طاوس وأبو بكر بن عبد الرحمن وقال الجمهور بجواز ذلك واختلف هؤلاء فيما يجوز به كراؤها فقال قوم لايجوز كراؤها الا بالدراهم والدنانير فقط وهو مذهب ربيعة وسعيد بن المسيب وقال قوم يجوز كراء الارض بكل شئ ماعدا الطعام وسواء كان ذلك بالطعام الخارج منها أولم يكن وماعدا ماينبت فيها كان طعاما

أوغيره والى هذا ذهب مالك وأكثر أصحابه وقال آخرون يجوز كراء الأرض بما عدا الطعام فقط وقال آخرون يجوز كراء الارض بكل العروض والطعام وغير ذلك مالم يكن بجزء مما يخرج منها من الطعام وممن قال بهذا القول سالم بن عبد الله وغيره من المتقدمين وهو قول الشافعي وظاهر قول مالك في الموطأ وقال قوم يجوز كراؤها بكل شئ وبجزء مما يخرج منها وبه قال أحمد والثوري والليث وأبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة وابن أبي ليلى والاوزاعي وجماعة وعمدة من لم يجز كراءها بحال مارواه مالك بسنده عن رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع قالوا وهذا عام وهؤلاء لم يلتفتوا الى ماروى مالك من تخصيص الراوى له حين روى عنه قال حنظلة فسألت رافع بن خديج عن كرائها بالذهب والورق فقال لا بأس به وروى هذا عن رافع ابن عمر وأخذ بعمومه وكان ابن عمر قبل يكرى أرضه فترك ذلك وهذا بناء على رأى من يرى أنه لا يخصص العموم بقول الراوى وروى عن رافع بن خديج عن أبيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اجارة الارضين قال أبو عمر بن عبد البر واحتجوا أيضا بحديث ضمرة عن ابن شوذب عن مطرف عن عطاء عن جابر قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال من كانت له أرض فليزرعها أوليزرعها ولا يؤاجرها فهذه هي جملة الأحاديث التي تمسك بها من لم يجز كراء الأرض وقالوا أيضا من جهة المعنى انه لم يجز كراؤها لما في ذلك من الغرر لأنه ممكن أن يصيب الزرع جائحة من نار أو قحط أو غرق فيكون قد لزمه كراؤها من غير أن ينتفع من ذلك بشئ قال القاضي ويشبه أن يقال في هذا ان المعنى في ذلك قصد الرفق بالناس لكثرة وجود الارض كما نهى عن بيع الماء ووجه الشبه بينهما انهما أصلا الخلقة وأما عمدة من لم يجز كراءها الا بالدراهم والدنانير فحديث طارق بن عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال انما يزرع ثلاثة رجل له أرض فيزرعها ورجل منح أرضا فهو يزرع مامنح ورجل اكترى بذهب أو فضة قالوا فلا يجوز أن يتعدى مافى هذا الحديث والاحاديث الاخر مطلقة وهذا مقيد ومن الواجب حمل المطلق على المقيد وعمدة من أجاز كراءها بكل شئ ماعدا الطعام وسواء كان الطعام مدخرا أولم

يكن حديث يعلى بن حكيم عن سليمان بن يسار عن رافع بن خديج قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم من كانت له أرض فليزرعها أوليزرعها أخاه ولا يكرها بثلث
ولا ربع ولا بطعام معين قالوا وهذا هو معنى المحاقلة التي نهى رسول الله صلى الله عليه
وسلم عنها وذكروا حديث سعيد بن المسيب مرفوعا وفيه والمحاقلة استكراء الارض
بالحنطة قالوا وأيضا فانه من باب بيع الطعام بالطعام نسيئة وعمدة من لم يجز كراءها
بالطعام ولا بشئ مما يخرج منها ما بالطعام فحجته حجة من لم يجز كراءها بالطعام وأما حجته
على منع كرائها مما تنبت فهو ماورد من نهيه صلى الله عليه وسلم عن المخابرة قالوا
وهي كراء الارض بما يخرج منها وهذا قول مالك وكل أصحابه وعمدة من أجاز كراءها
بجميع العروض والطعام وغير ذلك مما يخرج منها أنه كراء منفعة معلومة بشئ معلوم
فجاز قياسا على اجارة سائر المنافع وكأن هؤلاء ضعفوا أحاديث رافع روى عن سالم
ابن عبد الله وغيره في حديث رافع أنهم قالوا اكترى رافع قالوا وقد جاء في بعض
الروايات عنه ما يجب أن يحمل عليها سائرها قال كنا أكثر أهل المدينة حقلا قال
وكان أحدنا يكرى أرضه ويقول هذه القطعة لي وهذه لك وربما أخرجت هذه
ولم تخرج هذه فنهاهم النبي صلى الله عليه وسلم خرجه البخاري وأما من لم يجز كراءها
بما يخرج منها فعمدته النظر والاثر أما الاثر فما ورد من النهي عن المخابرة وما ورد
من حديث ابن خديج عن ظهير بن نافع قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن أمر كان بنا رفقا فقلت ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو حق قال
دعاني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما تصنعون بمحاقلكم قلنا نؤاجر على
الربع وعلى الاوسق من التمر والشعير فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفعلوا
ازرعوها أو ازرعوها أو أمسكوها وهذا الحديث اتفق على تصحيحه الامامان
البخاري ومسلم وأما من أجاز كراءها بما يخرج منها فعمدته حديث ابن عمر الثابت
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها
من أموالهم على نصف ما تخرجه الارض والثمرة قالوا وهذا الحديث أولى من أحاديث
رافع لانها مضطربة المتون وان صحت أحاديث رافع حملناها على الكراهية لا على
الحظر بدليل ما خرجه البخاري ومسلم عن ابن عباس أنه قال ان النبي صلى الله عليه

وسلم لم ينه عنها ولكن قال ان يمنح أحدكم أخاه يكن خيرا له من أن يأخذ منه شيأ قالوا وقد قدم معاذ بن جبل اليمن حين بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم يخابرون فأقرهم ﴿وأما اجارة المؤذن﴾ فان قوما لم يروا فى ذلك بأسا وقوما كرهوا ذلك والذين كرهوا ذلك وحرموه احتجوا بما روى عن عثمان بن أبى العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذ مؤذنا لا يأخذ على أذانه أجرا والذين أباحوه قاسوه على الافعال غير الواجبة وهذا هو سبب الاختلاف أعنى هل هو واجب أم ليس بواجب * وأما الاستئجار على تعليم القرآن فقد اختلفوا فيه أيضا وكرهه قوم وأجازه آخرون والذين أباحوه قاسوه على سائر الافعال واحتجوا بما روى عن خارجة بن الصامت عن عمه قال أقبلنا من عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتينا على حى من أحياء العرب فقالوا انكم جئتم من عند هذا الرجل فهل عندكم دواء أو رقية فان عندنا معتوها فى القيود فقلنا لهم نعم فجؤا به فجعلت أقرأ عليه بفاتحة الكتاب ثلاثة أيام غدوة وعشية أجمع بزيقى ثم أتفل عليه فكأنما أنشط من عقال فأعطونى جعلا فقلت لا حتى أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته فقال كل فلعمرى لمن أكل برقية باطلا فلقد أكلت برقية حق وبما روى عن أبى سعيد الخدرى ان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا فى غزاة فمروا بحى من أحياء العرب فقالوا هل عندكم من راق فان سيد الحى قد لدغ أو قد عرض له قال فرقى رجل بفاتحة الكتاب فبرئ فأعطى قطيعا من الغنم فأبى أن يقبلها فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بم رقيته قال بفاتحة الكتاب قال وما يدريك أنها رقية قال ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوها واضربوا لى معكم فيها بسهم وأما الذين كرهوا الجعل على تعليم القرآن فقالوا هو من باب الجعل على تعليم الصلاة قالوا ولم يكن الجعل المذكور فى الاجارة على تعليم القرآن وانما كان على الرقى وسواء كان الرقى بالقرآن أو غيره الاستئجار عليه عندنا جائز كالعلاجات قالوا وليس واجبا على الناس وأما تعليم القرآن فهو واجب على الناس * وأما اجارة الفحول من الابل والبقر والدواب فأجاز مالك أن يكرى الرجل فحله على أن ينزو أكواما معلومة ولم يجز ذلك أبو حنيفة ولا الشافعى وحجة من لم يجز ذلك ما جاء من النهى عن عسيب

الفحل ومن أجازه شبهه بسائر المنافع وهذا ضعيف لأنه تغليب القياس على السماع واستئجار الكلب هو أيضا من هذا الباب وهو لا يجوز عند الشافعي ولا عند مالك والشافعي يشترط في جواز استئجار المنفعة أن تكون متقوّمة على انفرادها فلا يجوز استئجار تفاحة للشم ولا طعام لتزيين الحانوت اذ هذه المنافع ليس لها قيم على انفرادها فهو لا يجوز عند مالك ولا عند الشافعي ومن هذا الباب اختلاف المذهب في اجارة الدراهم والدنانير وبالجملة كل ما لا يعرف بعينه فقال ابن القاسم لا يصح اجارة هذا الجنس وهو قرض وكان أبو بكر الأبهري وغيره يزعم أن ذلك يصح وتلزم الأجرة فيه وانما منع من منع اجارتها لأنه لم يتصوّر فيها منفعة الا باتلاف عينها ومن أجاز اجارتها تصور فيها منفعة مثل أن يتجمل بها أو يتكثر أو غير ذلك مما يمكن أن يتصوّر في هذا الباب فهذه هي مشهورات مسائل الخلاف المتعلقة بجنس المنفعة

* وأما مسائل الخلاف المتعلقة بجنس الثمن فهي مسائل الخلاف المتعلقة بما يجوز أن يكون ثمنا في المبيعات وما لا يجوز وبما ورد النهي فيه من هذا الباب ما روى أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن عسيب الفحل وعن كسب الحجام وعن قفيز الطحان قال الطحاوي ومعنى نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان هو ما كانوا يفعلونه في الجاهلية من دفع القمح الى الطحان بجزء من الدقيق الذي يطحنه قالوا وهذا لا يجوز عندنا وهو استئجار من المستأجر بعين ليس عنده ولا هي من الأشياء التي تكون ديونا على الذمم ووافقه الشافعي على هذا وقال أصحابه لو استأجر السلاخ بالجلد والطحان بالنخالة أو بصاع من الدقيق فسد لنهيه صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهذا على مذهب مالك جائز لأنه استأجره على جزء من الطعام معلوم وأجرة الطحان ذلك الجزء وهو معلوم أيضا وأما كسب الحجام فذهب قوم الى تحريمه وخالفهم في ذلك آخرون فقالوا كسبه رديء يكره للرجل وقال آخرون بل هو مباح والسبب في اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب فمن رأى أنه حرام احتج بما روى عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من السحت كسب الحجام وبما روى عن أنس بن مالك قال حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم كسب الحجام وروى عن عون بن أبي جحيفة قال اشترى أبي حجاما فكسر محاجمه فقلت له يا أبت

لم كسرتها فقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الدم وأما من رأى اباحة ذلك فاحتج بما روى عن ابن عباس قال احتجم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره قالوا ولو كان حراما لم يعطه وحديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا أبا طيبة فحجمه فسأله كم ضريبتك فقال ثلاثة آصع فوضع عنه صاعا وعنه أيضا أنه أمر للحجام بصاع من طعام وأمر مواليه أن يخففوا عنه وأما الذين قالوا بكراهيته فاحتجوا بما روى أن رفاعة بن رافع أو رافع بن رفاعة جاء الى مجلس الانصارى فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كسب الحجام وأمرنا أن نطعمه ناضحنا وبما روى عن رجل من بنى حارثة كان له حجام وسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فنهاه ثم عاد فنهاه ثم عاد فنهاه فلم يزل يراجعه حتى قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اعلف كسبه ناضحك وأطعمه رقيقك ﴿ومن هذا الباب أيضا﴾ اختلافهم فى اجارة دار بسكنى دار أخرى فأجاز ذلك مالك ومنعه أبو حنيفة ولعله رآها من باب الدين بالدين وهذا ضعيف فهذه مشهورات مسائلهم فيما يتعلق بجنس الثمن وبجنس المنفعة * وأما ما يتعلق بأوصافها فنذكر أيضا المشهور منها فمن ذلك أن جمهور فقهاء الأمصار مالك وأبو حنيفة والشافعى اتفقوا بالجملة ان من شرط الاجارة أن يكون الثمن معلوما والمنفعة معلومة القدر وذلك اما بغايتها مثل خياطة الثوب وعمل الباب واما بضرب الأجل اذا لم تكن لها غاية مثل خدمة الأجير وذلك اما بالزمان ان كان عملا واستيفاء منفعة متصلة الوجود مثل كراء الدور والحوانيت واما بالمكان ان كان مشيا مثل كراء الرواحل وذهب أهل الظاهر وطائفة من السلف الى جواز اجارات المجهولات مثل أن يعطى الرجل حماره لمن يسقى عليه أو يحتطب عليه بنصف ما يعود عليه وعمدة الجمهور أن الاجارة بيع فامتنع فيها من الجهل لمكان الغبن ما امتنع فى المبيعات واحتج الفريق الثانى بقياس الاجارة على القراض والمساقاة والجمهور على أن القراض والمساقاة مستثنيان بالسنة فلا يقاس عليهما لخروجهما عن الأصول واتفق مالك والشافعى على أنه اذا ضرب للمنفعة التى ليس لها غاية أمدا من الزمان محدودا وحددوا أيضا أول ذلك الأمد وكان أوله عقب العقد ان ذلك جائز واختلفوا اذا لم يحددوا أول الزمان أو حددوه ولم يكن

عقب العقد فقال مالك يجوز اذا حدد الزمان ولم يحدد أوّله مثل أن يقول له استأجرت منك هذه الدار سنة بكذا أو شهرا بكذا ولا يذكر أوّل ذلك الشهر ولا أوّل تلك السنة وقال الشافعي لا يجوز ويكون أوّل الوقت عند مالك وقت عقد الاجارة فمنعه الشافعي لأنه غرر وأجازه مالك لأنه معلوم بالعادة وكذلك لم يجز الشافعي اذا كان أوّل العقد متراخيا عن العقد وأجازه مالك واختلف قول أصحابه في استئجار الارض غير المأمونة التغيير فيما بعد من الزمان وكذلك اختلف مالك والشافعي في مقدار الزمان الذي تقدر به هذه المنافع فمالك يجيز ذلك السنين الكثيرة مثل أن يكرى الدار لعشرة أعوام أو أكثر مما لا تتغير الدار في مثله وقال الشافعي لا يجوز ذلك لأكثر من عام واحد واختلف قول ابن القاسم وابن الماجشون في أرض المطر وأرض السقي بالعيون وأرض السقي بالآبار والانهار فأجاز ابن القاسم فيها الكراء السنين الكثيرة وفصل ابن الماجشون فقال لا يجوز الكراء في أرض المطر الا لعام واحد وأما أرض السقي بالعيون فلا يجوز كراؤها الا الثلاثة أعوام وأربعة وأما أرض الآبار والانهار فلا يجوز الا العشرة أعوام فقط فالاختلاف ههنا في ثلاثة مواضع في تحديد أوّل المدة وفي طولها وفي بعدها من وقت العقد وكذلك اختلف مالك والشافعي اذا لم يحدد المدة وحدد القدر الذي يجب لاقل المدة مثل أن يقول أكترى منك هذه الدار الشهر بكذا ولا يضربان لذلك أمدا معلوما فقال الشافعي لا يجوز وقال مالك وأصحابه يجوز على قياس أبيعك من هذه الصبرة بحساب القفيز بدرهم وهذا لا يجوز غيره وسبب الخلاف اعتبار الجهل الواقع في هذه الاشياء هل هو من الغرر المعفو عنه أو المنهي عنه ومن هذا الباب اختلافهم في البيع والاجارة أجازه مالك ومنعه الشافعي وأبو حنيفة ولم يجز مالك أن يقترن بالبيع الا الاجارة فقط ومن هذا الباب اختلافهم في اجارة المشاع فقال مالك والشافعي هي جائزة وقال أبو حنيفة لا تجوز لان عنده أن الانتفاع بها مع الاشاعة متعذر وعند مالك والشافعي أن الانتفاع بها ممكن مع شريكه كانتفاع المكرى بها مع شريكه أعني رب المال ومن هذا الباب استئجار الاجير بطعامه وكسوته وكذلك الظئر فمنع الشافعي ذلك على الاطلاق وأجاز مالك ذلك على الاطلاق أعني في كل أجير وأجاز ذلك أبو حنيفة في الظئر فقط وسبب الخلاف هل هي اجارة

مجهولةأم ليست مجهولة فهـذه هي شرائط الاجارة الراجعة الى الثمن والمثمون
واماأنواع الاجارة فان العلماء على أن الاجارة على ضربين اجارة منافع أعيان
محسوسة واجارة منافع فى الذمة قياسا على البيع والذى فى الذمة من شرطه الوصف
والذى فى العـين من شرطه الرؤية أوالصفة عنـده كالحال فى المبيعات ومن شرط
الصفة عنـده ذكرالجنس والنوع وذلك فى الشئ الذى تسـتوفى منافعه وفى الشئ
الذى تستوفى به منافعه فلابدمن وصف المركوب مثلاوالحمل الذى تستوفى به منفعة
المركوب وعنـدمالك أن الراكب لايحتاج أن يوصف وعنـدالشافعى يحتاج الى
الوصف وعندابن القاسم أنه اذااسـتأجر الراعى على غنم باعيانها ان من شرط صحة
العقداشـتراط الخلف وعنـد غيره تلزم الجلة بغـيرشرط ومن شرط اجارة الذمة أن
يعجل النقد عنـدمالك ليخرج من الدين بالدين كما أن من شرط اجارة الارض غير
المأمونة السقى عنـده أن لايشترط فيها النقدالابعدالرى واختلفوا فى الـكراء هل
يدخل فى أنواعه الخيار أم لا فقال مالك يجوز الخيار فى الصنفين من الـكراء المضمون
والمعين وقال الشافعى لايجوز فهـذه هى المشهورات من المسائل الواقعة فى هذا القسم
الاول من هـذا الـكتاب وهو الذى يشتمل على النظر فى محال هـذا العقد وأوصافه
وأنواعه وهى الاشـياء التى تجرى من هـذا العقد مجرى الاركان وبها يوصف العقد
اذا كان على الشروط الشرعيـة بالصحة وبالفساد اذالم يكن على ذلك وبقى النظر
فى الجزء الثانى وهو أحكام هذا العقد

(الجزء الثانى من هذا الـكتاب وهو النظر فى أحكام الاجارات)

وأحكام الاجارات كثيرة ولـكنها بالجلة تنحصر فى جلتين الجلة الاولى فى موجبات
هذا العقد ولوازمه من غـير حدوث طارئ عليـه الجلة الثانية فى أحكام الطوارئ
وهذه الجلة تنقسم فى الاشهر الى معرفة موجبات الضمان وعدمـه ومعرفة وجوب
الفسخ وعدمه ومعرفة حكم الاختلاف

﴿ الجـلة الاولى ﴾ ومن مشهورات هذا الباب متى يلزم المـكرى دفع الـكراء
اذا أطلق العقد ولم يشـترط قبض الثمن فعنـد مالك وأبى حنيفة ان الثمن انما
يلزم جزأ بجزأ بحسب مايقبض من المنافع الاأن يشـترط ذلك أو يكون

هنالك ما يوجب التقديم مثل أن يكون عوضا معينا أو يكون كراء فى الذمة وقال الشافعى يجب عليه الثمن بنفس العقد فمالك رأى أن الثمن انما يستحق منه بقدر ما يقبض من العوض والشافعى كأنه رأى أن تأخره من باب الدين بالدين ومن ذلك اختلافهم فيمن اكترى دابة أو دارا أو ما أشبه ذلك هل له أن يكرى ذلك بأكثر مما اكتراه فاجازه مالك والشافعى وجماعة قياسا على البيع ومنع ذلك أبو حنيفة وأصحابه وعمدتهم انه من باب ربح ما لم يضمن لان ضمان الاصل هو من ربه أعنى من المكرى وأيضا فانه من باب بيع ما لم يقبض وأجاز ذلك بعض العلماء اذا أحدث فيها عملا وممن لم يكره ذلك اذا وقع بهذه الصفة سفيان الثورى والجمهور رأوا ان الاجارة فى هذا شبيهة بالبيع ومنها ان يكرى الدار من الذى أكراها منه فقال مالك يجوز وقال أبو حنيفة لا يجوز وكأنه رأى أنه اذا كان التفاضل بينهما فى الكراء فهو من باب أكل المال بالباطل ومنها اذا اكترى أرضا ليزرعها حنطة فأراد ان يزرعها شعيرا أو ما ضرره مثل ضرر الحنطة أو دونه فقال مالك له ذلك وقال داود ليس ذلك له ومنها اختلافهم فى كنس مراحيض الدور المكتراة فالمشهور عن ابن القاسم انه على أرباب الدور وروى عنه أنه على المكترى وبه قال الشافعى واستثنى ابن القاسم من هذه الفنادق التى تدخلها قوم وتخرج قوم فقال الكنس فى هذه على رب الدار ومنها اختلاف أصحاب مالك فى الانهدام اليسير من الدار هل يلزم رب الدار اصلاحه أم ليس يلزم ويحط عنه من الكراء ذلك القدر فقال ابن القاسم لا يلزمه وقال غيره من أصحابه يلزمه وفروع هذا الباب كثيرة وليس قصدنا التفريع فى هذا الكتاب

﴿ الجملة الثانية وهى النظر فى الاحكام الطوارئ ﴾ * الفصل الاول منه وهو النظر فى الفسوخ * فنقول ان الفقهاء اختلفوا فى عقد الاجارة فذهب الجمهور الى أنه عقد لازم وحكى عن قوم انه عقد جائز تشبيها بالجعل والشركة والذين قالوا انه عقد لازم اختلفوا فيما ينفسخ به فذهب جماعة فقهاء الامصار مالك والشافعى وسفيان الثورى وأبو ثور وغيرهم الى أنه لا ينفسخ الا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة وقال أبو حنيفة وأصحابه يجوز فسخ عقد الاجارة

للعذر الطارئ على المستأجر مثل ان يكرى دكانا يتجر فيه فيحترق متاعه أو يسرق وعمدة الجهور قوله تعالى (أوفوا بالعقود) لان الكراء عقد على منافع فاشبه النكاح ولانه عقد على معاوضة فلم ينفسخ أصله البيع وعمدة أبى حنيفة انه شبه ذهاب مابه تستوفى المنفعة بذهاب العين التى فيها المنفعة وقد اختلف قول مالك اذا كان الكراء فى غير مخصوص على استيفاء منفعة من جنس مخصوص فقال عبد الوهاب الظاهر من مذهب أصحابنا ان محل استيفاء المنافع لا يتعين فى الاجارة وانه وان عين فذلك كالوصف لا ينفسخ ببيعه أوذهابه بخلاف العين المستأجرة اذا تلفت قال وذلك مثل أن يستأجر على رعاية غنم باعيانها أو خياطة قيص بعينه فتهلك الغنم و يحترق الثوب فلا ينفسخ العقد وعلى المستأجر أن يأتى بغنم مثلها ليرعاها أو قيص مثله ليخيطه قال وقد قيل انها تتعين بالتعيين فينفسخ العقد بتلف المحل وقال بعض المتأخرين ان ذلك ليس اختلافا فى المذهب وانما ذلك على قسمين أحدهما ان يكون المحل المعين لاستيفاء المنافع مما تقصد عينه أو مما لا تقصد عينه فان كان مما تقصد عينه انفسخت الاجارة كالظئر اذا مات الطفل وان كان مما لا يقصد عينه لم تنفسخ كالاجارة على رعاية الغنم بأعيانها أو بيع طعام فى حانوت وما أشبه ذلك واشتراط ابن القاسم فى المدونة انه اذا استأجر على غنم بأعيانها فانه لا يجوز الا أن يشترط الخلف هو التفات منه الى أنها تنفسخ بذهاب محل استيفاء المعين لكن لما رأى التلف سائقا الى الفسخ رأى انه من باب الغرر فلم يجز الكراء عليها الا باشتراط الخلف ومن نحو هذا اختلافهم فى هل ينفسخ الكراء بموت أحد المتعاقدين أعنى المكرى أو المكترى فقال مالك والشافعى وأحمد واسحق وأبو ثور لا ينفسخ و يورث عقد الكراء وقال أبو حنيفة والثورى والليث ينفسخ وعمدة من لم يقل بالفسخ انه عقد معاوضة فلم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين أصله البيع وعمدة الحنفية ان الموت نقلة لاصل الرقبة المكتراة من ملك الى ملك فوجب ان يبطل أصله البيع فى العين المستأجرة مدة طويلة أعنى انه لا يجوز فلما كان لا يجتمع العقدان معا غلب ههنا انتقال الملك والا بقى الملك ليس له وارث وذلك خلاف الاجماع وربما شبهوا الاجارة بالنكاح اذ كان كلاهما استيفاء منافع والنكاح يبطل بالموت وهو بعيد وربما

احتجوا على المالكية فقط بان الاجرة عندهم تستحق جزأ فجزأ بقدر ما يقبض من المنفعة قالوا واذا كان هذا هكذا فان مات المالك و بقيت الاجارة فان المستأجر يستوفى فى ملك الوارث حقا بموجب عقد فى غير ملك العاقد وذلك لا يصح وان مات المستأجر فتكون الاجرة مستحقة عليه بعد موته والميت لا يثبت عليه دين باجماع بعد موته وأما الشافعية فلا يلزمهم هذا الان استيفاء الاجرة يجب عندهم بنفس العقد على ما سلف من ذلك وعند مالك ان أرض المطر اذا أكريت فمنع القحط من زراعتها أوزرعها فلم ينبت الزرع لمكان القحط ان الكراء ينفسخ وكذلك اذا استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة فلم يتمكن المكترى من ان يزرعها وسائر الجوائح التى تصيب الزرع لا يحط عنه من الكراء شئ وعنده ان الكراء الذى يتعلق بوقت مّا انه ان كان ذلك الوقت مقصودا مثل كراء الرواحل فى أيام الحج فغاب المكرى عن ذلك الوقت انه ينفسخ الكراء وأما ان لم يكن الوقت مقصودا فانه لا ينفسخ هذا كله عنده فى الكراء الذى يكون فى الاعيان فأما الكراء الذى يكون فى الذمة فانه لا ينفسخ عنده بذهاب العين التى قبض المستأجر ليستوفى منها المنفعة اذ كان لم ينعقد الكراء على عين بعينها وانما انعقد على موصوف فى الذمة وفروع هذا الباب كثيرة وأصوله هى هذه التى ذكرناها

(الفصل الثانى وهو النظر فى الضمان)

والضمان عند الفقهاء على وجهين بالتعدى أو لمكان المصلحة وحفظ الاموال فأما بالتعدى فيجب على المكرى باتفاق والخلاف انما هو فى نوع التعدى الذى يوجب ذلك أو لا يوجبه وفى قدره فمن ذلك اختلاف العلماء فى القضاء فيمن اكترى دابة الى موضع مّا فتعدى بها الى موضع زائد على الموضع الذى انعقد عليه الكراء فقال الشافعى وأحمد عليه الكراء الذى التزمه الى المسافة المشترطة ومثل كراء المسافة التى تعدى فيها وقال مالك رب الدابة بالخيار فى ان يأخذ كراء دابته فى المسافة التى تعدى فيها أو يضمن له قيمة الدابة وقال أبو حنيفة لا كراء عليه فى المسافة المتعداة ولا خلاف انها اذا تلفت فى المسافة المتعداة انه ضامن لها فعمدة الشافعى انه تعدى على المنفعة فلزمه أجرة المثل أصله التعدى على سائر المنافع وأما مالك فكأنه لما حبس الدابة عن أسواقها رأى أنه

قد تعدى عليها فيها انفسها فاشبهه بالغاصب وفيه ضعف وأما مذهب أبى حنيفة فبعيد جدا عما تقتضيه الاصول الشرعية والاقرب الى الاصول فى هذه المسئلة هو قول الشافعي وعند مالك ان عثار الدابة لو كانت عثور تعد من صاحب الدابة يضمن بها الحمل وكذلك ان كانت الحبال رثة ومسائل هذا الباب كثيرة وأما الذين اختلفوا فى ضمانهم من غير تعد الا من جهة المصلحة فهم الصناع ولا خلاف عندهم ان الاجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استؤجر عليه الا أن يتعدى ماعدا حامل الطعام والطحان فان مالكا ضمنه ما هلك عنده الا أن تقوم له بينة على هلاكه من غير سببه وأما تضمين الصناع ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة اليهم فانهم اختلفوا فى ذلك فقال مالك وابن أبى ليلى وأبو يوسف يضمنون ما هلك عندهم وقال أبو حنيفة لا يضمن من عمل بغير أجر ولا الخاص ويضمن المشترك ومن عمل بأجر وللشافعي قولان فى المشترك والخاص عندهم هو الذى يعمل فى منزل المستأجر وقيل هو الذى لم ينتصب للناس وهو مذهب مالك فى الخاص وهو عنده غير ضامن وتحصيل مذهب مالك على هذا أن الصانع المشترك يضمن وسواء عمل بأجر أو بغير أجر وبتضمين الصناع قال على وعمر وان كان قد اختلف عن على فى ذلك وعمدة من لم ير الضمان عليهم انه شبه الصانع بالمودع عنده والشريك والوكيل وأجير الغنم ومن ضمنه فلا دليل له الا النظر الى المصلحة وسد الذريعة وأما من فرق بين ان يعملوا بأجر أو لا يعملوا بأجر فلان العامل بغير أجر انما قبض المعمول لمنفعة صاحبه فقط فأشبه المودع واذا قبضها بأجر فالمنفعة لكليهما فغلبت منفعة القابض أصله القرض والعارية عند الشافعي وكذلك أيضا من لم ينصب نفسه لم يكن فى تضمينه سد ذريعة والاجير عند مالك كما قلنا لا يضمن الا أنه استحسن تضمين حامل القوت وما يجرى مجراه وكذلك الطحان وما عدا غيرهم فلا يضمن الا بالتعدى وصاحب الحمام لا يضمن عنده هذا هو المشهور عنه وقد قيل يضمن وشذ أشهب فضمن الصناع ما قامت البينة على هلاكه عندهم من غير تعد منهم ولا تفريط وهو شذوذ ولا خلاف ان الصناع لا يضمنون ما لم يقبضوا فى منازلهم واختلف أصحاب مالك اذا قامت البينة على هلاك المصنوع وسقط الضمان عنهم هل تجب لهم الاجرة أم لا اذا كان هلاكه بعد اتمام الصنعة أو بعد تمام بعضها

فقال ابن القاسم لا أجرة لهم وقال ابن المواز لهم الاجرة ووجه ما قال ابن المواز ان المصيبة اذا نزلت بالمستأجر فوجب أن لا يمضى عمل الصانع باطلا ووجه ما قال ابن القاسم ان الاجرة انما استوجبت فى مقابلة العمل فاشبه ذلك اذا هلك بتفريط من الاجير وقول ابن المواز أقيس وقول ابن القاسم أكثر نظرا الى المصلحة لانه رأى أن يشتركوا فى المصيبة ومن هذا الباب اختلافهم فى ضمان صاحب السفينة فقال مالك لا ضمان عليه وقال أبو حنيفة عليه الضمان الا من الموج وأصل مذهب مالك ان الصناع يضمنون كل ما أتى على أيديهم من حرق أو كسر فى المصنوع أو قطع اذا عمله فى حانوته وان كان صاحبه قاعدا معه الا فيما كان فيه تغرير من الاعمال مثل ثقب الجوهر ونقش الفصوص وتقويم السيوف واحتراق الخبز عند الفران والطبيب يموت العليل من معالجته وكذلك البيطار الا أن يعلم انه تعدى فيضمن حينئذ وأما الطبيب وما أشبهه اذا أخطأ فى فعله وكان من أهل المعرفة فلا شئ عليه فى النفس والدية على العاقلة فيما فوق الثلث وفى ماله فيما دون الثلث وان لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية قيل فى ماله وقيل على العاقلة

(الفصل الثالث)

وهو النظر فى الاختلاف وفى هذا الباب أيضا مسائل فمنها انهم اختلفوا اذا اختلف الصانع ورب المصنوع فى صفة الصنعة فقال أبو حنيفة القول قول رب المصنوع وقال مالك وابن أبى ليلى القول قول الصانع وسبب الخلاف من المدعى منهما على صاحبه ومن المدعى عليه ومنها اذا ادعى الصناع رد ما استصنعوا فيه وأنكر ذلك الدافع فالقول عند مالك قول الدافع وعلى الصناع البينة لأنهم كانوا ضامنين لما فى أيديهم وقال ابن الماجشون القول قول الصناع ان كان ما دفع اليهم دفع بغير بينة وان كان دفع اليهم ببينة فلا يبرؤن الا ببينة واذا اختلف الصانع ورب المتاع فى دفع الأجرة فالمشهور فى المذهب أن القول قول الصانع مع يمينه ان قام بحدثان ذلك وان تطاول فالقول قول رب المصنوع وكذلك اذا اختلف المكرى والمكترى وقيل بل القول قول الصانع وقول المكرى وان طال وهو الاصل واذا اختلف المكرى والمكترى أو الاجير والمستأجر فى مدة الزمان الذى وقع فيه استيفاء المنفعة اذا اتفقا

على أن المنفعة لم تستوف فى جميع الزمان المضروب فى ذلك فالمشهور فى المذهب أن القول قول المكترى والمستأجر لانه الغارم والأصول على أن القول قول الغارم وقال ابن الماجشون القول قول المكترى له والمستأجر اذا كانت العين المستوفاة منها المنافع فى قبضهما مثل الدار وما أشبه ذلك وأما مالم يكن فى قبضه مثل الاجير فالقول قول الاجير * ومن مسائل المذهب المشهورة فى هذا الباب اختلاف المتكاريين فى الدواب وفى الرواحل وذلك أن اختلافهما لا يخلو أن يكون فى قدر المسافة أو نوعها أو قدر الكراء أو نوعه فان كان اختلافهما فى نوع المسافة أو فى نوع الكراء فالتحالف والتفاسخ كاختلاف المتبايعين فى نوع الثمن قال ابن القاسم انعقد أو لم ينعقد وقال غيره القول قول رب الدابة اذا انعقد وكان يشبه ما قال وان كان اختلافهما فى قدر المسافة فان كان قبل الركوب أو بعد ركوب يسير فالتحالف والتفاسخ وان كان بعد ركوب كثير أو بلوغ المسافة التى يدعيها رب الدابة فالقول قول رب الدابة فى المسافة ان انتقد وكان يشبه ما قال وان لم ينتقد وأشبه قوله تحالفا و يفسخ الكراء على أعظم المسافتين فما جعل منه للمسافة التى ادعاها رب الدابة أعطيه وكذلك ان انتقد ولم يشبه قوله وان اختلفا فى الثمن واتفقا على المسافة فالقول قول المكترى نقد أو لم ينقد لانه مدعى عليه وان اختلفا فى الامرين جميعا فى المسافة والثمن مثل أن يقول رب الدابة بقرطبة اكتريت منك الى قرمونة بدينارين و يقول المكترى بل بدينار الى اشبيلية فان كان أيضا قبل الركوب أو بعد ركوب لاضرر عليهما فى الرجوع تحالفا وتفاسخا وان كان بعد سير كثير أو بلوغ المسافة التى يدعيها رب الدابة فان كان لم ينتقد المكترى شيأ كان القول قول رب الدابة فى المسافة والقول قول المكترى فى الثمن و يغرم من الثمن ما يجب له من قرطبة الى قرمونة على أنه لو كان الكراء به الى اشبيلية وذلك أنه أشبه قول المكترى وان لم يشبه ما قال وأشبه ما قال رب الدابة غرم دينارين وان كان المكترى نقد الثمن الذى يدعى انه للمسافة الكبرى وأشبه قول رب الدابة كان القول قول رب الدابة فى المسافة و يبقى له ذلك الثمن الذى قبضه لا يرجع عليه بشئ منه اذ هو مدعى عليه فى بعضه وهو يقول بل هو لى وزيادة فيقبل قوله فيه لانه قبضه ولا يقبل قوله فى الزيادة

ويسقط عنه مالم يقرب به من المسافة أشبه ماقال أولم يشبه الا أنه اذا لم يشبه قسم الكراء الذى أقر به المكترى على المسافة كلها فيأخذ رب الدابة من ذلك ماناب المسافة التى ادعاها وهذا القدر كاف فى هذا الباب

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

(كتاب الجعل)

والجعل هو الاجارة على منفعة مظنون حصولها مثل مشارطة الطبيب على البرء والمعلم على الحذاق والناشد على وجود العبد الآبق وقد اختلف العلماء فى جوازه فقال مالك يجوز ذلك فى اليسير بشرطين أحدهما أن لا يضرب لذلك أجلا والثانى أن يكون الثمن معلوما وقال أبو حنيفة لا يجوز وللشافعى القولان وعمدة من أجازه قوله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) واجماع الجمهور على جوازه فى الاباق والسؤال وما جاء فى الاثر من أخذ الثمن على الرقية بام القرآن وقد تقدم ذلك وعمدة من منعه الغرر الذى فيه قياسا على سائر الاجارات ولا خلاف فى مذهب مالك أن الجعل لا يستحق شئ منه الا بتمام العمل وأنه ليس بعقد لازم واختلف مالك وأصحابه من هذا الباب فى كراء السفينة هل هو جعل أو اجارة فقال مالك ليس لصاحبها كراء الا بعد البلوغ وهو قول ابن القاسم ذهابا الى أن حكمها حكم الجعل وقال ابن نافع من أصحابه له قدر ما بلغ من المسافة فأجرى حكمه مجرى الكراء وقال اصبغ ان لجج فهو جعل وان لم يلجج فهو اجارة له بحسب الموضع الذى وصل اليه والنظر فى هذا الباب فى جوازه ومحله وشروطه وأحكامه ومحله هو ما كان من الافعال لا ينتفع الجاعل بجزء منه لانه اذا انتفع الجاعل بجزء مما عمل الملتزم للجعل (٧) ولم يأت بالمنفعة التى انعقد الجعل عليها وقلنا على حكم الجعل أنه اذا لم يأت بالمنفعة التى انعقد الجعل عليها لم يكن له شئ فقد انتفع الجاعل بعمل المجعول من غير أن يعوضه من عمله بأجر وذلك ظلم ولذلك يختلف الفقهاء فى كثير من المسائل هل هو جعل

(٧) هكذا بالنسخ ولعله للعمل لان الملتزم للجعل هو المنتفع أو تجعل اللام للعلة تأمل اه مصححه

أواجارة مثل مسئلة السفينة المتقدمة هل هي مما يجوز فيها الجعل أولا يجوز مثل اختلافهم في الجاعلة على حفر الآبار وقالوا في المغارسة انها تشبه الجعل من جهة والبيع من جهة وهي عند مالك أن يعطي الرجل أرضه لرجل على أن يغرس فيه عددا من الثمار معلوما فاذا استحق الثمر كان للغارس جزء من الارض متفق عليه

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما ﴾

(كتاب القراض)

ولا خلاف بين المسلمين في جواز القراض وأنه مما كان في الجاهلية فاقره الاسلام وأجمعوا على أن صفته أن يعطي الرجل الرجل المال على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال أي جزء كان مما يتفقان عليه ثلثا أو ربعا أو نصفا وأن هذا مستثنى من الاجارة المجهولة وأن الرخصة في ذلك انما هي لموضع الرفق بالناس وأنه لاضمان على العامل فيما تلف من رأس المال اذا لم يتعد وان كان اختلفوا فيما هو تعد مما ليس بتعد وكذلك أجمعوا بالجملة على أنه لا يقترن به شرط يزيد في مجهلة الربح أو في الغرر الذي فيه وان كان اختلفوا فيما يقتضي ذلك من الشروط مما لا يقتضي وكذلك اتفقوا على أنه يجوز بالدنانير والدراهم واختلفوا في غير ذلك وبالجملة فالنظر فيه في صفته وفي محله وفي شروطه وفي أحكامه ونحن نذكر في باب باب من هذه الثلاثة الابواب مشهورات مسائلهم

الباب الأول في محله

أما صفته فقد تقدمت وأنهم أجمعوا عليها وأما محله فانهم أجمعوا على انه جائز بالدنانير والدراهم واختلفوا في العروض فجمهور فقهاء الأمصار على أنه لا يجوز القراض بالعروض وجوّزه ابن أبي ليلى وحجة الجمهور أن رأس المال اذا كان عروضا كان غررا لأنه يقبض العرض وهو يساوي قيمة ما ويرده وهو يساوي قيمة غيرها فيكون رأس المال والربح مجهولا وأما ان كان رأس المال ما به يباع العروض فان مالكا منعه والشافعي أيضا وأجازه أبو حنيفة وعمدة مالك انه قارضه على ما بيعت به السلعة وعلى بيع السلعة نفسها فكأنه قراض ومنفعة مع أن ما يبيع به السلعة مجهول فكأنه

انما قارضه على رأس مال مجهول ويشبه أن يكون أيضا انما منع المقارضة على قيم العروض لمكان ما يتكلف المقارض فى ذلك من البيع وحينئذ ينض رأس مال القراض وكذلك ان أعطاه العرض بالثمن الذى اشتراه به ولكنه أقرب الوجوه الى الجواز ولعل هذا هو الذى جوّزه ابن أبى ليلى بل هو الظاهر من قولهم فانهم حكوا عنه أنه يجوز أن يعطى الرجل ثوبا يبيعه فما كان فيه من ربح فهو بينهما وهذا انما هو على أن يجعلا أصل المال الثمن الذى اشترى به الثوب ويشبه أيضا ان جعل رأس المال الثمن أن يتهم المقارض فى تصديقه رب المال بحرصه على أخذ القراض منه واختلف قول مالك فى القراض بالنقد من الذهب والفضة فروى عنه أشهب منع ذلك وروى ابن القاسم جوازه ومنعه فى المصوغ وبالمنع فى ذلك قال الشافعى والكوفى فمن منع القراض بالنقد شبهها بالعروض ومن أجازه شبهها بالدراهم والدنانير لقلة اختلاف أسواقها واختلف أيضا أصحاب مالك فى القراض بالفلوس فمنعه ابن القاسم وأجازه أشهب وبه قال محمد بن الحسن وجمهور العلماء مالك والشافعى وأبو حنيفة على أنه اذا كان لرجل على رجل دين لم يجز أن يعطيه له قراضا قبل أن يقبضه أما العلة عند مالك فمخافة أن يكون أعسر بماله فهو يريد أن يؤخره عنه على أن يزيد فيه فيكون الربا المنهى عنه وأما العلة عند الشافعى وأبى حنيفة فان ما فى الذمة لا يتحوّل ويعود أمانة واختلفوا فيمن أمر رجلا أن يقبض دينا له على رجل آخر ويعمل فيه على جهة القراض فلم يجز ذلك مالك وأصحابه لأنه رأى أنه ازداد على العامل كلفة وهو ما كلفه من قبضه وهذا على أصله أن من اشترط منفعة زائدة فى القراض انه فاسد وأجاز ذلك الشافعى والكوفى قالوا لانه وكله على القبض لا أنه جعل القبض شرطا فى المصارفة فهذا هو القول فى محله وأما صفته فهى الصفة التى قدمناها

﴿ الباب الثانى فى مسائل الشروط ﴾

وجملة ما لا يجوز من الشروط عند الجميع هى ما أدى عندهم الى غرر أو الى مجهلة زائدة ولا خلاف بين العلماء انه اذا اشترط أحدهما لنفسه من الربح شيأ زائدا غير ما انعقد عليه القراض أن ذلك لا يجوز لانه يصير ذلك الذى انعقد عليه القراض مجهولا وهذا هو الأصل عند مالك فى أن لا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولا سلف ولا عمل

ولا مرفق يشترطه أحدهما لصاحبه مع نفسه فهذه جملة ما اتفقوا عليه وان كانوا قد اختلفوا فى التفصيل فمن ذلك اختلافهم اذا شرط العامل الربح كله فقال مالك يجوز وقال الشافعى لا يجوز وقال أبو حنيفة هو قرض لا قراض فمالك رأى أنه احسان من رب المال وتطوع اذ كان يجوز له أن يأخذ منه الجزء القليل من المال الكثير والشافعى رأى أنه غرر لانه ان كان خسران فعلى رب المال وبهذا يفارق القرض وان كان ربح فليس لرب المال فيه شئ ومنها اذا شرط رب المال الضمان على العامل فقال مالك لا يجوز القراض وهو فاسد وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة وأصحابه القراض جائز والشرط باطل وعمدة مالك ان اشتراط الضمان زيادة غرر فى القراض ففسد وأما أبو حنيفة فشبهه بالشرط الفاسد فى البيع على رأيه أن البيع جائز والشرط باطل اعتمادا على حديث بريرة المتقدم واختلفوا فى المقارض يشترط رب المال عليه خصوص التصرف مثل ان يشترط عليه تعيين جنس ما من السلع أو تعيين جنس ما من البيع أو تعيين موضع ما للتجارة أو تعيين صنف ما من الناس يتجر معهم فقال مالك والشافعى فى اشتراط جنس من السلع لا يجوز ذلك الا أن يكون ذلك الجنس من السلع لا يختلف وقتا ما من أوقات السنة وقال أبو حنيفة يلزمه ما اشترط عليه وان تصرف فى غير ما اشترط عليه ضمن فمالك والشافعى رأيا ان هذا الاشتراط من باب التضييق على المقارض فيعظم الغرر بذلك وأبو حنيفة استخف الغرر الموجود فى ذلك كما لو اشترط عليه أن لا يشترى جنسا ما من السلع لكان على شرطه فى ذلك باجماع ولا يجوز القراض المؤجل عند الجمهور وأجازه أبو حنيفة الا أن يتفاسخا فمن لم يجزه رأى ان فى ذلك تضييقا على العامل يدخل عليه مزيد غرر لانه ربما بارت عنده سلع فيضطر عند بلوغ الأجل الى بيعها فيلحقه فى ذلك ضرر ومن أجاز الأجل شبه القراض بالاجارة * ومن هذا الباب اختلافهم فى جواز اشتراط رب المال زكاة الربح على العامل فى حصته من الربح فقال مالك فى الموطأ لا يجوز ورواه عنه أشهب وقال ابن القاسم ذلك جائز ورواه عن مالك ويقول مالك قال الشافعى وحجة من لم يجزه انه تعود حصة العامل ورب المال مجهولة لانه لا يدرى كم يكون المال فى حين وجوب الزكاة فيه وتشبيها باشتراط زكاة أصل المال عليه أعنى على العامل

فانه لا يجوز باتفاق وحجة ابن القاسم انه يرجع الى جزء معلوم النسبة وان لم يكن معلوم القدر لان الزكاة معلومة النسبة من المال المزكى فكانه اشترط عليه فى الربح الثلث الا ربع العشر أو النصف الا ربع العشر أو الربع الا ربع العشر وذلك جائز وليس مثل اشتراطه زكاة رأس المال لان ذلك معلوم القدر غير معلوم النسبة فكان ممكنا أن يحيط بالربح فيبقى عمل المقارض باطلا وهل يجوز ان يشترط ذلك المقارض على رب المال فى المذهب فيه قولان قيل بالفرق بين العامل ورب المال فقيل يجوز ان يشترطه العامل على رب المال ولا يجوز ان يشترطه رب المال على العامل وقيل عكس هذا واختلفوا فى اشتراط العامل على رب المال غلاما بعينه على أن يكون للغلام نصيب من المال فأجازه مالك والشافعى وأبو حنيفة وقال أشهب من أصحاب مالك لا يجوز ذلك فمن أجاز ذلك شبهه بالرجل يقارض الرجلين ومن لم يجز ذلك رأى انها زيادة ازدادها العامل على رب المال فأما ان اشترط العامل غلامه فقال الثورى لا يجوز وللغلام فيما عمل أجرة المثل وذلك أن حظ العامل يكون عنده مجهولا

القول فى أحكام القراض

والاحكام منها ما هى أحكام القراض الصحيح ومنها ما هى أحكام القراض الفاسد وأحكام القراض الصحيح منها ما هى من موجبات العقد أعنى أنها تابعة لموجب العقد ومختلف فيها هل هى تابعة أو غير تابعة ومنها أحكام طوارئ تطرأ على العقد مما لم يكن موجبه من نفس العقد مثل التعدى والاختلاف وغير ذلك ونحن نذكر من هذه الاوصاف ما اشتهر عند فقهاء الامصار ونبدأ من ذلك بموجبات العقد فنقول انه أجمع العلماء على أن اللزوم ليس من موجبات عقد القراض وأن لكل واحد منهما فسخه ما لم يشرع العامل فى القراض واختلفوا اذا شرع العامل فقال مالك هو لازم وهو عقد يورث فان مات وكان للمقارض بنون أمناء كانوا فى القراض مثل أبيهم وان لم يكونوا أمناء كان لهم أن يأتوا بأمين وقال الشافعى وأبو حنيفة لكل واحد منهم الفسخ اذا شاء وليس هو عقد يورث فمالك ألزمه بعد الشروع فى العمل لما فيه من ضرر ورآه من العقود الموروثة والفرقة الثانية شبهت الشروع فى العمل بما بعد الشروع فى العمل ولا خلاف بينهم أن المقارض انما يأخذ حظه من

الربح بعد أن ينض جميع رأس المال وانه ان خسر ثم تجر ثم ربح جبر الخسران من الربح واختلفوا فى الرجل يدفع الى رجل مالا قراضا فيهلك بعضه قبل أن يعمل فيه ثم يعمل فيه فيربح فيريد المقارض أن يجعل رأس المال بقية المال بعد الذى هلك هل له ذلك أم لا فقال مالك وجمهور العلماء ان صدقه رب المال أو دفع رجل مالا قراضا لرجل فهلك منه جزء قبل أن يعمل فأخبره بذلك فصدقه ثم قال له يكون الباقى عندك قراضا على الشرط المتقدم لم يجز حتى يفاصله ويقبض منه رأس ماله وينقطع القراض الاول وقال ابن حبيب من أصحاب مالك انه يلزمه فى ذلك القول ويكون الباقى قراضا وهذه المسئلة هى من أحكام الطوارئ ولكن ذكرناها هنا لتعلقها بوقت وجوب القسمة وهى من أحكام العقد واختلفوا هل للعامل نفقته من المال المقارض عليه أم لا على ثلاثة أقوال فقال الشافعى فى أشهر أقواله لا نفقة له أصلا الا أن يأذن له رب المال وقال قوم له نفقته وبه قال ابراهيم النخعى والحسن وهو أحد ما روى عن الشافعى وقال آخرون له النفقة فى السفر من طعامه وكسوته وليس له شئ فى الحضر وبه قال مالك وأبو حنيفة والثورى وجمهور العلماء الا أن مالكا قال اذا كان المال يحمل ذلك وقال الثورى ينفق ذاهبا ولا ينفق راجعا وقال الليث يتغدى فى المصر ولا يتعشى وروى عن الشافعى أن له نفقته فى المرض والمشهور عنه مثل قول الجمهور أن لا نفقة له فى المرض وحجة من لم يجزه ان ذلك زيادة منفعة فى القراض فلم يجز أصله المنافع وحجة من أجازه أن عليه العمل فى الصدر الاول ومن أجازه فى الحضر شبهه بالسفر وأجمع علماء الامصار على أنه لا يجوز للعامل أن يأخذ نصيبه من الربح الا بحضرة رب المال وان حضور رب المال شرط فى قسمة المال وأخذ العامل حصته وانه ليس يكفى فى ذلك أن يقسمه بحضور بينة ولا غيرها

القول فى أحكام الطوارئ

واختلفوا اذا أخذ المقارض حصته من غير حضور رب المال ثم ضاع المال أو بعضه فقال مالك ان أذن له رب المال فى ذلك فالعامل مصدق فيما ادعاه من الضياع وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى ما أخذ العامل يرده ويجبر به رأس المال ثم يقتسمان فضلا ان كان هنالك واختلفوا اذا هلك مال القراض بعد ان اشترى العامل به سلعة ما

وقبل أن ينقده البائع فقال مالك البيع لازم للعامل ورب المال مخير ان شاء دفع قيمة السلعة مرة ثانية ثم تكون بينهما على ماشرطا من المقارضة وان شاء تبرأ عنها وقال أبو حنيفة بل يلزم ذلك الشراء رب المال شبهه بالوكيل الا أنه قال يكون رأس المال فى ذلك القراض الثمنين ولا يقتسمان الربح لا بعد حصوله عينا أعنى ثمن تلك السلعة التى تلفت أولا والثمن الثانى الذى لزمه بعد ذلك واختلفوا فى بيع العامل من رب المال بعض سلع القراض فكره ذلك مالك وأجازه أبو حنيفة على الاطلاق وأجازه الشافعى بشرط أن يكونا قد تبايعا بما لا يتغابن الناس بمثله ووجه ما كره من ذلك مالك أن يكون يرخص له فى السلعة من أجل ماقارضه فكأن رب المال أخذ من العامل منفعة سوى الربح الذى اشترط عليه ولا اعرف خلافا بين فقهاء الامصار انه ان تكارى العامل على السلع الى بلد فاستغرق الكراء قيم السلع وفضل عليه فضلة انها على العامل لا على رب المال لان رب المال انما دفع ماله اليه ليتجر به فما كان من خسران فى المال فعليه وكذلك ما زاد على المال واستغرقه واختلفوا فى العامل يستدين مالا فيتجر به مع مال القراض فقال مالك ذلك لا يجوز وقال الشافعى وأبو حنيفة ذلك جائز ويكون الربح بينهما على شرطهما وحجة مالك انه كما لا يجوز أن يستدين على المقارضة كذلك لا يجوز أن يأخذ دينا فيها واختلفوا هل للعامل أن يبيع بالدين اذا لم يأمره به رب المال فقال مالك ليس له ذلك فان فعل ضمن وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة له ذلك والجميع متفقون على أن العامل انما يجب له أن يتصرف فى عقد القراض ما يتصرف فيه الناس غالبا فى أكثر الاحوال فمن رأى أن التصرف بالدين خارج عما يتصرف فيه الناس فى الاغلب لم يجزه ومن رأى انه مما يتصرف فيه الناس أجازه واختلف مالك والشافعى وأبو حنيفة والليث فى العامل يخلط ماله بمال القراض من غير اذن رب المال فقال هؤلاء كلهم ماعدا مالكا هو تعد ويضمن وقال مالك ليس بتعد ولم يختلف هؤلاء المشاهير من فقهاء الامصار أنه ان دفع العامل راس مال القراض الى مقارض آخر انه ضامن ان كان خسران وان كان ربح فذلك على شرطه ثم يكون للذى عمل شرطه على الذى دفع اليه فيوفيه حظه مما بقى من المال وقال المزنى

عن الشافعي ليس له الا أجرة مثله لانه عمل على فساد

(القول فى حكم القراض الفاسد)

واتفقوا على أن حكم القراض الفاسد فسخه ورد المال الى صاحبه مالم يفت بالعمل واختلفوا اذا فات بالعمل ما يكون للعامل فيه فى واجب عمله على أقوال أحدها أنه يرد جميعه الى قراض مثله وهى رواية ابن الماجشون عن مالك وهو قوله وقول أشهب والثانى أنه يرد جميعه الى اجارة مثله وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وعبد العزيز ابن أبى سلمة من أصحاب مالك وحكى عبد الوهاب انها رواية عن مالك والثالث أنه يرد الى قراض مثله مالم يكن أكثر مما سماه وانما له الاقل مما سمى أو من قراض مثله ان كان رب المال هو مشترط الشرط على المقارض أو الاكثر من قراض مثله أو من الجزء الذى سمى له ان كان المقارض هو مشترط الشرط الذى يقتضى الزيادة التى من قبلها فسد القراض وهذا القول يتخرج رواية عن مالك والرابع أنه يرد الى قراض مثله فى كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين على صاحبه فى المال مما ليس ينفرد أحدهما بها عن صاحبه والى اجارة مثله فى كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين خالصة لمشترطها مما ليست فى المال وفى كل قراض فاسد من قبل الغرر والجهل وهو قول مطرف وابن نافع وابن عبد الحكم وأصبغ واختاره ابن حبيب وأما ابن القاسم فاختلف قوله فى القراضات الفاسدة فبعضها وهو الاكثر قال ان فيها أجرة المثل وفى بعضها قال فيها قراض المثل فاختلف الناس فى تأويل قوله فنهم من حمل اختلاف قوله فيها على الفرق الذى ذهب اليه ابن عبد الحكم ومطرف وهو اختيار ابن حبيب واختيار جدى رحمة الله عليه ومنهم من لم يعلل قوله وقال ان مذهبه ان كل قراض فاسد ففيه أجرة المثل الا ثلاث التى نص فيها قراض المثل وهى سبعة القراض بالعروض والقراض بالضمان والقراض الى أجل والقراض المبهم واذا قال له اعمل على أن لك فى المال شركا واذا اختلف المتقارضان وأتيا بما لا يشبه حلفا على دعواهما واذا دفع اليه المال على ان لا يشترى به الا بالدين فاشترى بالنقد أو على أن لا يشترى الا سلعة كذا وكذا والسلعة غير موجودة فاشترى غير ما أمر به وهذه المسائل يجب أن ترد الى علة واحدة والا فهو اختلاف من قول

ابن القاسم وحكى عبد الوهاب عن ابن القاسم انه فصل فقال ان كان الفساد من جهة العقد رد الى قراض المثل وان كان من جهة زيادة ازدادها أحدهما على الآخر رد الى أجرة المثل والاشبه أن يكون الامر فى هذا بالعكس والفرق بين الاجرة وقراض المثل ان الاجرة تتعلق بذمة رب المال سواء كان فى المال ربح أو لم يكن وقراض المثل هو على سنة القراض ان كان فيه ربح كان للعامل منه والا فلا شئ له

(القول فى اختلاف المتقارضين)

واختلف الفقهاء اذا اختلف العامل ورب المال فى تسمية الجزء الذى تقارضا عليه فقال مالك القول قول العامل لانه عنده مؤتمن وكذلك الامر عنده فى جميع دعاويه اذا أتى بما يشبه وقال الليث يحمل على قراض مثله وبه قال مالك اذا أتى بما لا يشبه وقال أبو حنيفة وأصحابه القول قول رب المال وبه قال الثورى وقال الشافعى يتحالفان ويتفاسخان ويكون له أجرة مثله وسبب اختلاف مالك وأبى حنيفة اختلافهم فى سبب ورود النص بوجوب اليمين على المدعى عليه هل ذلك لانه مدعى عليه أو لانه فى الاغلب أقوى شبهة فمن قال لانه مدعى عليه قال القول قول رب المال ومن قال لانه أقواهما شبهة فى الاغلب قال القول قول العامل لانه عنده مؤتمن وأما الشافعى فقاس اختلافهما على اختلاف المتبايعين فى ثمن السلعة وهذا كاف فى هذا الباب

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

(كتاب المساقاة) (القول فى المساقاة)

اما أولا ففى جوازها والثانى فى معرفة الفساد والصحة فيها والثالث فى أحكامها

(القول فى جواز المساقاة)

فاما جوازها فعليه جمهور العلماء مالك والشافعى والثورى وأبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحبا أبى حنيفة وأحمد وداود وهى عندهم مستثناة بالسنة من بيع ما لم يخلق ومن الاجارة المجهولة وقال أبو حنيفة لا تجوز المساقاة أصلا وعمدة الجمهور فى اجازتها حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الى يهود

خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمرها خرجه البخارى ومسلم وفى بعض رواياته أنه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ما تخرجه الارض والثمرة وما رواه مالك أيضا من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود خيبر يوم افتتح خيبر أقركم على ما أقركم الله على ان التمر بيننا وبينكم قال وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص بينه وبينهم ثم يقول ان شئتم فلكم وان شئتم فلى وكذلك مرسله أيضا عن سليمان بن يسار فى معناه وأما أبو حنيفة ومن قال بقوله فعمدتهم مخالفة هذا الاثر للاصول مع انه حكم مع اليهود واليهود يحتمل أن يكون أقرهم على أنهم عبيد ويحتمل أن يكون أقرهم على انهم ذمة الا انا اذا أنزلنا انهم ذمة كان مخالفا للاصول لانه بيع مالم يخلق وأيضا فانه من المزابنة وهو بيع التمر بالتمر متفاضلا لان القسمة بالخرص بيع بالخرص واستدلوا على مخالفته للاصول بما روى فى حديث عبد الله بن رواحة انه كان يقول لهم عند الخرص ان شئتم فلكم وتضمنون نصيب المسلمين وان شئتم فلى وأضمن نصيبكم وهذا حرام باجماع وربما قالوا ان النهى الوارد عن المخابرة هو ما كان من هذا الفعل بخيبر والجمهور يرون ان المخابرة هى كراء الارض ببعض ما يخرج منها قالوا ومما يدل على نسخ هذا الحديث أو أنه خاص باليهود ما ورد من حديث رافع وغيره من النهى عن كراء الارض بما يخرج منها لان المساقاة تقتضى جواز ذلك وهو خاص أيضا فى بعض روايات أحاديث المساقاة ولهذا المعنى لم يقل بهذه الزيادة مالك ولا الشافعى أعنى بما جاء من أنه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ما تخرجه الارض والثمرة وهى زيادة صحيحة وقال بها أهل الظاهر

(القول فى صحة المساقاة)

والنظر فى الصحة راجع الى النظر فى أركانها وفى وقتها وفى شروطها المشترطة فى أركانها وأركانها أربعة المحل المخصوص بها والجزء الذى تنعقد عليه وصفة العمل الذى تنعقد عليه والمدة التى تجوز فيها وتنعقد عليها

﴿ الركن الاول فى محل المساقاة ﴾ واختلفوا فى محل المساقاة فقال داود لا تكون

المساقاة الا فى النخل فقط وقال الشافعى فى النخل والكرم فقط وقال مالك تجوز فى كل أصل ثابت كالرمان والتين والزيتون وما أشبه ذلك من غير ضرورة وتكون فى الاصول غير الثابتة كالمقاثى والبطيخ مع عجز صاحبها عنها وكذلك الزرع ولا تجوز فى شئ من البقول عند الجميع الا ابن دينار فانه أجازها فيه اذا نبتت قبل ان تستغل فعمدة من قصره على النخل أنها رخصة فوجب أن لا يتعدى بها محلها الذى جاءت فيه السنة وأما مالك فرأى أنها رخصة ينقدح فيها سبب عام فوجب تعدية ذلك الى الغير وقد يقاس على الرخص عند قوم اذا فهم هنالك أسباب أعم من الاشياء التى علقت الرخص بالنص بها وقوم منعوا القياس على الرخص وأما داود فهو يمنع القياس على الجملة فالمساقاة على أصوله مطردة وأما الشافعى فانما أجازها فى الكرم من قبل ان الحكم فى المساقاة هو بالخرص وقد جاء فى حديث عتاب بن أسيد الحكم بالخرص فى النخل والكرم وان كان ذلك فى الزكاة فكأنه قاس المساقاة فى ذلك على الزكاة والحديث الذى ورد عن عتاب بن أسيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثه وأمره ان يخرص العنب وتؤدى زكاته زبيبا كما تؤدى زكاة النخل تمرا ودفع داود حديث عتاب بن أسيد لانه مرسل ولانه انفرد به عبد الرحمن ابن اسحق وليس بالقوى واختلفوا اذا كان مع النخل أرض بيضاء أو مع الثمار هل يجوز ان تساقى الارض مع النخل بجزء من النخل أو بجزء من النخل وبجزء مما يخرج من الارض فذهب الى جواز ذلك طائفة وبه قال صاحبا أبى حنيفة والليث وأحمد والثورى وابن أبى ليلى وجماعة وقال الشافعى وأهل الظاهر لا تجوز المساقاة الا فى الثمر فقط وأما مالك فقال اذا كانت الارض تبعا للثمر وكان الثمر أكثر ذلك فلا بأس بدخولها فى المساقاة اشترط جزأ خارجا منها أو لم يشترطه وحد ذلك الجزء بأن يكون الثلث فما دونه أعنى ان يكون مقدار كراء الارض الثلث من الثمر فما دونه ولم يجز ان يشترط رب الارض أن يزرع البياض لنفسه لانها زيادة ازدادها عليه وقال الشافعى ذلك جائز (٧) وحجة من أجاز المساقاة عليهما جميعا أعنى على الارض

(٧) هكذا بالنسخ ولعله متناقض فى النقل عن الشافعى فانه نقل عنه أولا انه لا يجوز الا فى الثمرة وهنا انه يجوز المساقاة فى الارض معا فلعل له قولين تأمل اهـ مصححه

بجزء مما يخرج منها حديث ابن عمر المتقدم وحجة من لم يجز ذلك ماروى من النهى عن كراء الارض بما يخرج منها فى حديث رافع بن خديج وقد تقدم ذلك وقال أحمد ابن حنبل أحاديث رافع مضطربة الالفاظ وحديث ابن عمر أصح وأما تحديد مالك ذلك بالثلث فضعيف وهو استحسان مبنى على غير الاصول لان الاصول تقتضى انه لا يفرق بين الجائز من غير الجائز بالقليل والكثير من الجنس الواحد ومنها اختلافهم فى المساقاة فى البقل فأجازها مالك والشافعى وأصحابه ومحمد بن الحسن وقال الليث لا تجوز المساقاة فى البقل وانما أجازها الجمهور لان العامل وان كان ليس عليه فيها سقى فيبقى عليه أعمال أخر مثل الابار وغير ذلك وأما الليث فيرى ان السقى بالماء هو الفعل الذى تنعقد عليه المساقاة ولمكانه وردت الرخصة فيها

﴿ الركن الثانى ﴾ وأما الركن الذى هو العمل فان العلماء بالجملة أجمعوا على أن الذى يجب على العامل هو السقى والابار واختلفوا فى الجذاذ على من هو وفى سد الحظار وتنقية العين والسانية وأما مالك فقال فى الموطأ السنة فى المساقاة التى تجوز لرب الحائط ان يشترطه سد الحظار وخم العين وشرب الشراب وابار النخل وقطع الجريد وجذ الثمر هذا وأشباهه هو على العامل وهذا الكلام يحتمل أن يفهم منه دخول هذه فى المساقاة بالشرط ويمكن أن يفهم منه دخولها فيها بنفس العقد وقال الشافعى ليس عليه سد الحظار لانه ليس من جنس مايؤثر فى زيادة الثمرة مثل الابار والسقى وقال محمد بن الحسن ليس عليه تنقية السوانى والانهار وأما الجذاذ فقال مالك والشافعى هو على العامل الا أن مالكا قال ان اشترطه العامل على رب المال جاز وقال الشافعى لا يجوز شرطه وتنفسخ المساقاة ان وقع وقال محمد بن الحسن الجذاذ بينهما نصفين وقال المحصلون من أصحاب مالك ان العمل فى الحائط على وجهين عمل ليس له تأثير فى اصلاح الثمر وعمل له تأثير فى اصلاحها والذى له تأثير فى اصلاحها منه مايتأبد ويبقى بعد الثمر ومنه مالا يبقى بعد الثمر فأما الذى ليس له تأثير فى اصلاح الثمر فلا يدخل فى المساقاة لا بنفس العقد ولا بالشرط الا الشئ اليسير منه وأما ماله تأثير فى اصلاح الثمر ويبقى بعد الثمر فيدخل عنده بالشرط فى المساقاة لا بنفس العقد مثل انشاء حفر بئر أو انشاء ظفيرة للماء أو انشاء غرس أو انشاء بيت يجنى فيه الثمر وأما ماله

تأثير فى اصلاح الثمر ولا يتأبد فهو لازم بنفس العقد وذلك مثل الحفر والسقى وزبر الكرم وتقليم الشجر والتذكير والجذاذ وما أشبه ذلك وأجمعوا على ان ما كان فى الحائط من الدواب والعبيد أنه ليس من حق العامل واختلفوا فى شرط العامل ذلك على المساقى فقال مالك يجوز ذلك فيما كان منها فى الحائط قبل المساقاة وأما ان اشترط فيها ما لم يكن فى الحائط فلا يجوز وقال الشافعى لا بأس بذلك وان لم يكن فى الحائط وبه قال ابن نافع من أصحاب مالك وقال محمد بن الحسن لا يجوز أن يشترطه العامل على رب المال ولو اشترطه رب المال على العامل جاز ذلك ووجه كراهيته ذلك ما يلحق فى ذلك من الجهل بنصيب رب المال ومن أجازه رأى أن ذلك تافه ويسير ولتردد الحكم بين هذين الاصلين استحسن مالك ذلك فى الرقيق الذى يكون فى الحائط فى وقت المساقاة ومنعه فى غيرهم لان اشتراط المنفعة فى ذلك أظهر وانما فرق محمد بن الحسن لان اشتراطهما على العامل هو من جنس ما وجب عليه من المساقاة وهو العمل بيده واتفق القائلون بالمساقاة على انه ان كانت النفقة كلها على رب الحائط وليس على العامل الا ما يعمل بيده ان ذلك لا يجوز لانها اجارة بما لم يخلق فهذه هى صفات هذا الركن والشروط الجائزة فيه من غير الجائزة

﴿الركن الثالث﴾ وأجمعوا على أن المساقاة تجوز بكل ما اتفقا عليه من أجزاء الثمر فأجاز مالك أن تكون الثمرة كلها للعامل كما فعل فى القراض وقد قيل ان ذلك منحة لا مساقاة وقيل لا يجوز واتفقوا على أنه لا يجوز فيها اشتراط منفعة زائدة مثل أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة دراهم أو دنانير ولا شيأ من الاشياء الخارجة عن المساقاة الا الشئ اليسير عند مالك مثل سد الحظار واصلاح الظفيرة وهى مجتمع الماء ولا يجوز عند مالك ان يساقى على حائطين أحدهما على جزء والآخر على جزء آخر واحتج بفعله عليه السلام فى خيبر وذلك انه ساقى على حوائط مختلفة بجزء واحد وفيه خلاف وأكثر العلماء على أن القسمة بين العامل والمساقى فى الثمر لا تكون الا بالكيل وكذلك فى الشركة وانها لا تجوز بالخرص وأجاز قوم قسمتها بالخرص واختلف فى ذلك أصحاب مالك واختلفت الرواية عنه فقيل يجوز وقيل لا يجوز من الثمار فى الربوية ويجوز فى غير ذلك وقيل يجوز باطلاق اذا اختلفت حاجة الشريكين

وحجة الجمهور أن ذلك يدخله الفساد من جهة المزابنة و يدخله بيع الرطب بالتمر و بيع الطعام بالطعام نسيئة وحجة من أجاز قسمتها بالخرص تشبيهها بالعرية و بالخرص فى الزكاة وفيه ضعف وأقوى ما اعتمدوا عليه فى ذلك ما جاء من الخرص فى مساقاة خيبر من مرسل سعيد بن المسيب وعطاء بن يسار

﴿ الركن الرابع ﴾ وأما اشتراط الوقت فى المساقاة فهو صنفان وقت هو مشترط فى جواز المساقاة ووقت هو شرط فى صحة العقد وهو المحدد لمدتها فأما الوقت المشترط فى جواز عقدها فانهم اتفقوا على أنها تجوز قبل بدو الصلاح واختلفوا فى جواز ذلك بعد بدو الصلاح فذهب الجمهور من القائلين بالمساقاة على أنه لا يجوز بعد الصلاح وقال سحنون من أصحاب مالك لا بأس بذلك واختلف قول الشافعى فى ذلك فمرة قال لا يجوز ومرة قال يجوز وقد قيل عنه انها لا تجوز اذا خلق الثمر وعمدة الجمهور أن مساقاة ما بدا صلاحه من الثمر ليس فيه عمل ولا ضرورة داعية الى المساقاة اذ كان يجوز بيعه فى ذلك الوقت قالوا وانما هى اجارة ان وقعت وحجة من أجازها أنه اذا جازت قبل أن يخلق الثمر فهى بعد بدو الصلاح أجوز ومن هنا لم تجز عندهم مساقاة البقول لانه يجوز بيعها أعنى عند الجمهور وأما الوقت الذى هو شرط فى مدة المساقاة فان الجمهور على أنه لا يجوز أن يكون مجهولا أعنى مدة غير مؤقتة وأجاز طائفة أن يكون الى مدة غير مؤقتة منهم أهل الظاهر وعمدة الجمهور ما يدخل فى ذلك من الغرر قياسا على الاجارة وعمدة أهل الظاهر ما وقع فى مرسل مالك من قوله صلى الله عليه وسلم أقركم ما أقركم الله وكره مالك المساقاة فيما طال من السنين وانقضاء السنين فيها هو بالجذ لا بالاهلة وأما اهل اللفظ شرط فى هذا العقد فاختلفوا فى ذلك فذهب ابن القاسم الى أن من شرط صحتها أن لا تنعقد الا بلفظ المساقاة وأنه ليس تنعقد بلفظ الاجارة و به قال الشافعى وقال غيرهم تنعقد بلفظ الاجارة وهو قياس قول سحنون

(القول فى احكام الصحة)

والمساقاة عند مالك من العقود اللازمة باللفظ لا بالعمل بخلاف القراض عنده الذى ينعقد بالعمل لا باللفظ وهو عند مالك عقد موروث ولورثة المساقى أن يأتوا بأمين

يعمل ان لم يكونوا أمناء وعليه العمل ان أبى الورثة من تركته وقال الشافعى اذا لم يكن له تركة سلم الى الورثة رب المال أجرة ما عمل وفسد العقد وان كانت له تركة لزمته المساقاة وقال الشافعى تنفسخ المساقاة بالعجز ولم يفصل وقال مالك اذا عجز وقد حل بيع الثمر لم يكن له أن يساقى غيره ووجب عليه أن يستأجر من يعمل وان لم يكن له شئ استؤجر من حظه من الثمر واذا كان العامل لصا أو ظالما لم ينفسخ العقد بذلك عند مالك وحكى عن الشافعى أنه قال يلزمه أن يقيم غيره للعمل وقال الشافعى اذا هرب العامل قبل تمام العمل استأجر القاضى عليه من يعمل عمله ويجوز عند مالك أن يشترط كل واحد منهما على صاحبه الزكاة بخلاف القراض ونصابهما عنده نصاب الرجل الواحد بخلاف قوله فى الشركاء واذا اختلف رب المال والعامل فى مقدار ما وقعت عليه المساقاة من الثمر فقال مالك القول قول العامل مع يمينه اذا أتى بما يشبه وقال الشافعى يتحالفان ويتفاسخان وتكون للعامل الاجرة شبهه بالبيع وأوجب مالك اليمين فى حق العامل لأنه مؤتمن ومن أصله أن اليمين تجب على أقوى المتداعيين شبهة وفروع هذا الباب كثيرة لكن التى اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء هى هذه التى ذكرناها

(احكام المساقاة الفاسدة)

واتفقوا على أن المساقاة اذا وقعت على غير الوجه الذى جوزها الشرع أنها تنفسخ مالم تفت بالعمل واختلفوا اذا فاتت بالعمل ماذا يجب فيها فقيل انها ترد الى اجارة المثل فى كل نوع من أنواع الفساد وهو قياس قول الشافعى وقياس احدى الروايتين عن مالك وقيل انها ترد الى مساقاة المثل باطلاق وهو قول ابن الماجشون وروايته عن مالك وأما ابن القاسم فقال فى بعضها ترد الى مساقاة مثلها وفى بعضها الى اجارة المثل واختلف التأويل عنه فى ذلك فقيل فى مذهبه انها ترد الى اجارة المثل الا فى أربع مسائل فانها ترد الى مساقاة مثلها احداها المساقاة فى حائط فيه ثمر قد أطعم والثانية اذا اشترط المساقى على رب المال أن يعمل معه والثالثة المساقاة مع البيع فى صفقة واحدة والرابعة اذا ساقاه فى حائط سنة على الثلث وسنة على النصف وقيل ان الاصل عنده فى ذلك أن المساقاة اذا لحقها الفساد من قبل ما دخلها من الاجارة

الفاسدة أو من بيع الثمر من قبل أن يبدو صلاحه وذلك مما يشترطه أحدهما على صاحبه من زيادة ترد فيها الى أجرة المثل مثل أن يساقيه على أن يزيد أحدهما صاحبه دنانير أو دراهم وذلك أن هذه الزيادة ان كانت من رب الحائط كانت اجارة فاسدة وان كانت من العامل كانت بيع الثمر قبل أن يخلق وأما فساده من قبل الغرر مثل المساقاة على حوائط مختلفة فيرد الى مساقاة المثل وهذا كله استحسان جار على غير قياس وفي المسئلة قول رابع وهو أنه يرد الى مساقاة مثله مالم يكن أكثر من الجزء الذى شرط عليه ان كان الشرط للمساقى أو أقل ان كان الشرط للمساقى وهذا كاف بحسب غرضنا

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

(كتاب الشركة)

والنظر في الشركة في أنواعها وفي أركانها الموجبة للصحة في الاحكام ونحن نذكر من هذه الابواب ما اتفقوا عليه وما اشتهر الخلاف فيه بينهم على ما قصدناه في هذا الكتاب والشركة بالجملة عند فقهاء الامصار على أربعة أنواع شركة العنان وشركة الابدان وشركة المفاوضة وشركة الوجوه واحدة منها متفق عليها وهي شركة العنان وان كان بعضهم لم يعرف هذا اللفظ وان كانوا اختلفوا في بعض شروطها على ما سيأتى بعد والثلاثة مختلف فيها ومختلف في بعض شروطها عند من اتفق منهم عليها

(القول في شركة العنان)

وأركان هذه الشركة ثلاثة الأول محلها من أموال والثاني في معرفة قدر الربح من قدر المال المشترك فيه والثالث في معرفة قدر العمل من الشريكين من قدر المال ﴿ الركن الأول ﴾ فأما محل الشركة فنه ما اتفقوا عليه ومنه ما اختلفوا فيه فاتفق المسلمون على أن الشركة تجوز في الصنف الواحد من العين أعنى الدنانير والدراهم وان كانت في الحقيقة بيعا لا تقع فيه مناجزة ومن شرط البيع في الذهب وفي الدراهم المناجزة لكن الاجماع خصص هذا المعنى في الشركة وكذلك اتفقوا فيما أعلم على الشركة بالعرضين يكونان بصفة واحدة واختلفوا في الشركة بالعرضين المختلفين

وبالعيون المختلفة مثل الشركة بالدنانير من أحدهما والدراهم من الآخر وبالطعام الربوى اذا كان صنفا واحدا فيهنا ثلاث مسائل

﴿المسئلة الاولى﴾ فأما اذا اشتركا فى صنفين من العروض أو فى عروض ودراهم أو دنانير فأجاز ذلك ابن القاسم وهو مذهب مالك وقد قيل عنه انه كره ذلك وسبب الكراهية اجتماع الشركة فيها والبيع وذلك أن يكون العرضان مختلفين كان كل واحد منهما باع جزأ من عرضه بجزء من العرض الآخر ومالك يعتبر فى العروض اذا وقعت فيها الشركة القيم والشافعى يقول لا تنعقد الشركة الا على أثمان العروض وحكى أبو حامد أن ظاهر مذهب الشافعى يشير الى أن الشركة مثل القراض لا تجوز الا بالدراهم والدنانير قال والقياس أن الاشاعة فيها تقوم مقام الخلط

﴿المسئلة الثانية﴾ وأما ان كان الصنفان مما لا يجوز فيهما النساء مثل الشركة بالدنانير من عند أحدهما والدراهم من عند الآخر أو بالطعامين المختلفين فاختلف فى ذلك قول مالك فأجازه مرة ومنعه مرة وذلك لما يدخل الشركة بالدراهم من عند أحدهما والدنانير من عند الآخر من الشركة والصرف معا وعدم التناجز ولما يدخل الطعامين المختلفين من الشركة وعدم التناجز وبالمنع قال ابن القاسم ومن لم يعتبر هذه العلل أجازها

﴿المسئلة الثالثة﴾ وأما الشركة بالطعام من صنف واحد فأجازها ابن القاسم قياسا على اجماعهم على جوازها فى الصنف الواحد من الذهب أو الفضة ومنعها مالك فى أحد قوليه وهو المشهور بعدم المناجزة الذى يدخل فيه اذ رأى أن الاصل هو أن لا يقاس على موضع الرخصة بالاجماع وقد قيل ان وجه كراهية مالك لذلك أن الشركة تفتقر الى الاستواء فى القيمة والبيع يفتقر الى الاستواء فى الكيل فافتقرت الشركة بالطعامين من صنف واحد الى استواء القيمة والكيل وذلك لا يكاد يوجد فكره مالك ذلك فهذا هو اختلافهم فى جنس محل الشركة واختلفوا هل من شرط مال الشركة ان يختلط أو لا يختلط فقال مالك ان من شرط مالى الشركة ان يختلطا اما حسا واما حكما مثل أن يكونا فى صندوق واحد وأيديهما مطلقة عليهما وقال الشافعى لا تصح الشركة حتى يخلطا ماليهما خلطا لا يتميز به مال أحدهما من مال الآخر وقال أبو حنيفة

تصح الشركة وان كان مال كل واحد منهما بيده فأبو حنيفة اكتفى فى انعقاد الشركة بالقول ومالك اشترط الى ذلك اشتراك التصرف فى المال والشافعى اشترط الى هذين الاختلاط والفقه ان بالاختلاط يكون عمل الشريكين أفضل وأتم لان النصح يوجد منه لشريكه كما يوجد لنفسه فهذا هو القول فى هذا الركن وفى شروطه

﴿فأما الركن الثانى﴾ وهو وجه اقتسامهما الربح فانهم اتفقوا على أنه اذا كان الربح تابعا لرؤس الاموال أعنى ان كان أصل مالى الشركة متساويين كان الربح بينهما بنصفين واختلفوا هل يجوز أن يختلف رؤس أموالهما ويستويان فى الربح فقال مالك والشافعى ذلك لا يجوز وقال أهل العراق يجوز ذلك وعمدة من منع ذلك تشبيه الربح بالخسران فكما أنه لو اشترط أحدهما جزأ من الخسران لم يجز كذلك اذا اشترط جزأ من الربح خارجا عن ماله وربما شبهوا الربح بمنفعة العقار الذى بين الشريكين أعنى أن المنفعة بينهما تكون على نسبة أصل الشركة وعمدة أهل العراق تشبيه الشركة بالقراض وذلك انه لما جاز فى القراض أن يكون للعامل من الربح ما اصطلحا عليه والعامل ليس يجعل مقابله الا عملا فقط كان فى الشركة أحرى أن يجعل للعمل جزء من المال اذ كانت الشركة مالا من كل واحد منهما وعملا فيكون ذلك الجزء من الربح مقابلا لفضل عمله على عمل صاحبه فان الناس يتفاوتون فى العمل كما يتفاوتون فى غير ذلك

﴿وأما الركن الثالث﴾ الذى هو العمل فانه تابع كما قلنا عند مالك للمال فلا يعتبر بنفسه وهو عند أبى حنيفة يعتبر مع المال وأظن أن من العلماء من لا يجيز الشركة الا أن يكون مالاهما متساويين التفاتا الى العمل فانهم يرون أن العمل فى الغالب مستو فاذا لم يكن المال بينهما على التساوى كان هنالك غبن على أحدهما فى العمل ولهذا قال ابن المنذر أجمع العلماء على جواز الشركة التى يخرج فيها كل واحد من الشريكين مالا مثل مال صاحبه من نوعه أعنى دراهم أو دنانير ثم يخلطانهما حتى يصيرا مالا واحدا لا يتميز على أن يبيعا ويشتريا ما رأيا من أنواع التجارة وعلى ان ما كان من فضل فهو بينهما بنصفين وما كان من خسارة فهو كذلك وذلك اذا باع كل واحد منهما بحضرة صاحبه واشتراطه هذا الشرط يدل على أن فيه خلافا والمشهور عند الجمهور انه ليس من شرط الشركاء ان يبيع كل واحد منهما بحضرة صاحبه

(القول فى شركة المفاوضة)

واختلفوا فى شركة المفاوضة فاتفق مالك وأبو حنيفة بالجملة على جوازها وان كان اختلفوا فى بعض شروطها وقال الشافعى لا تجوز ومعنى شركة المفاوضة ان يفوض كل واحد من الشريكين الى صاحبه التصرف فى ماله مع غيبته وحضوره وذلك واقع عندهم فى جميع أنواع المتملكات وعمدة الشافعى ان اسم الشركة انما ينطلق على اختلاط الاموال فان الارباح فروع ولا يجوز ان تكون الفروع مشتركة الا باشتراك أصولها وأما اذا اشترط كل واحد منهما ربحا لصاحبه فى ملك نفسه فذلك من الغرر ومما لا يجوز وهذه صفة شركة المفاوضة وأما مالك فيرى ان كل واحد منهما قد باع جزأ من ماله بجزء من مال شريكه ثم وكل واحد منهما صاحبه على النظر فى الجزء الذى بقى فى يده والشافعى يرى أن الشركة ليست هى بيعا ووكالة وأما أبو حنيفة فهو ههنا على أصله فى انه لا يراعى فى شركة العنان الا النقد فقط وأما ما يختلف فيه مالك وأبو حنيفة من شروط هذه الشركة فان أبا حنيفة يرى ان من شرط المفاوضة التساوى فى رؤس الاموال وقال مالك ليس من شرطها ذلك تشبيها بشركة العنان وقال أبو حنيفة لا يكون لاحدهما شىء الا أن يدخل فى الشركة وعمدتهم أن اسم المفاوضة يقتضى هذين الأمرين أعنى تساوى المالين وتعميم ملكهما

(القول فى شركة الابدان)

وشركة الابدان بالجملة عند أبى حنيفة والمالكية جائزة ومنع منها الشافعى وعمدة الشافعية أن الشركة انما تختص بالاموال لا بالاعمال لان ذلك لا ينضبط فهو غرر عندهم اذ كان عمل كل واحد منهما مجهولا عند صاحبه وعمدة المالكية اشتراك الغانمين فى الغنيمة وهم انما استحقوا ذلك بالعمل وما روى من أن ابن مسعود شارك سعدا يوم بدر فأصاب سعد فرسين ولم يصب ابن مسعود شيأ فلم ينكر النبى صلى الله عليه وسلم عليهما وأيضا فان المضاربة انما تنعقد على العمل فجاز أن تنعقد عليه الشركة وللشافعى ان المفاوضة خارجة عن الاصول فلا يقاس عليها وكذلك يشبه أن يكون حكم الغنيمة خارجا عن الشركة ومن شرطها عند مالك اتفاق الصنعتين والمكان وقال أبو حنيفة تجوز مع اختلاف الصنعتين فيشترك عنده الدباغ والقصار

ولا يشتركان عند مالك وعمدة مالك زيادة الغرر الذي يكون عند اختلاف الصنعتين أو اختلاف المكان وعمدة أبي حنيفة جواز الشركة على العمل

(القول في شركة الوجوه)

وشركة الوجوه عند مالك والشافعي باطلة وقال أبو حنيفة هي جائزة وهذه الشركة هي الشركة على الذمم من غير صنعة ولا مال وعمدة مالك والشافعي ان الشركة انما تتعلق على المال أو على العمل وكلاهما معدومان في هذه المسئلة مع ما في ذلك من الغرر لأن كل واحد منهما عاوض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص وأبو حنيفة يعتمد انه عمل من الاعمال فجاز أن تنعقد عليه الشركة

(القول في احكام الشركة الصحيحة)

وهي من العقود الجائزة لا من العقود اللازمة أي لاحد الشريكين ان ينفصل من الشركة متى شاء وهي عقد غير موروث ونفقتهما وكسوتهما من مال الشركة اذا تقاربا في العيال ولم يخرجا عن نفقة مثلهما ويجوز لاحد الشريكين ان يبضع وان يقارض وان يودع اذا دعت الى ذلك ضرورة ولا يجوز له أن يهب شيأ من مال الشركة ولا ان يتصرف فيه الا تصرفا يرى أنه نظر لهما وأما من قصر في شئ أو تعدى فهو ضامن مثل أن يدفع مالا من التجارة فلا يشهد وينكره القابض فانه يضمن لأنه قصر اذ لم يشهد وله أن يقبل الشئ المعيب في الشراء واقرار أحد الشريكين في مال لمن يتهم عليه لا يجوز وتجوز اقالته وتوليته ولا يضمن أحد الشريكين ماذهب من مال التجارة باتفاق ولا يجوز للشريك المفاوض ان يقارض غيره الا باذن شريكه ويتنزل كل واحد منهما منزلة صاحبه فيما له وفيما عليه في مال التجارة وفروع هذا الباب كثيرة

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ﴾

(كتاب الشفعة)

والنظر في الشفعة أولا في قسمين القسم الأول في تصحيح هذا الحكم وفي أركانه القسم الثاني في أحكامه

﴿القسم الأول﴾ فاما وجوب الحكم بالشفعة فالمسلمون متفقون عليه لما ورد

فى ذلك من الاحاديث الثابتة الاما يتأمل على من لا يرى بيع الشقص المشاع وأركانها أربعة الشافع والمشفوع عليه والمشفوع فيه وصفة الأخذ بالشفعة

﴿الركن الأول﴾ وهو الشافع ذهب مالك والشافعى وأهل المدينة الى أن لا شفعة الا للشريك مالم يقاسم وقال أهل العراق الشفعة مرتبة فاولى الناس بالشفعة الشريك الذى لم يقاسم ثم الشريك المقاسم اذا بقيت فى الطرق أوفى الصحن شركة ثم الجار الملاصق وقال أهل المدينة لا شفعة للجار ولا للشريك المقاسم وعمدة أهل المدينة مرسل مالك عن ابن شهاب عن أبى سلمة بن عبد الرحمن وسعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء فاذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة وحديث جابر أيضا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة خرجه مسلم والترمذى وأبو داود وكان أحمد بن حنبل يقول حديث معمر عن الزهرى عن أبى سلمة بن عبد الرحمن أصح ما روى فى الشفعة وكان ابن معين يقول مرسل مالك أحب الى اذ كان مالك انما رواه عن بن شهاب موقوفا وقد جعل قوم هذا الاختلاف على ابن شهاب فى اسناده توهينا له وقد روى عن مالك فى غير الموطأ عن ابن شهاب عن أبى هريرة ووجه استدلالهم من هذا الأثر ماذكر فيه من أنه اذا وقعت الحدود فلا شفعة وذلك أنه اذا كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم فهى أحرى أن لا تكون واجبة للجار وأيضا فان الشريك المقاسم هو جار اذا قاسم وعمدة أهل العراق حديث أبى رافع عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال الجار أحق بصقبه وهو حديث متفق عليه وخرج الترمذى وأبو داود عنه عليه السلام أنه قال جار الدار أحق بدار الجار وصححه الترمذى ومن طريق المعنى لهم أيضا انه لما كانت الشفعة انما المقصود منها دفع الضرر الداخل من الشركة وكان هذا المعنى موجودا فى الجار وجب أن يلحق به ولأهل المدينة أن يقولوا وجود الضرر فى الشركة أعظم منه فى الجوار وبالجملة فعمدة المالكية ان الاصول تقتضى أن لا يخرج ملك أحد من يده الا برضاه وأن من اشترى شيأ فلا يخرج من يده الا برضاه حتى يدل الدليل على التخصيص وقد تعارضت الآثار فى هذا الباب فوجب أن يرجح ما شهدت له الاصول ولكلا القولين سلف متقدم لاهل العراق من التابعين ولاهل

المدينة من الصحابة

﴿الركن الثانى﴾ وهو المشفوع فيه اتفق المسلمون على أن الشفعة واجبة فى الدور والعقار والارضين كلها واختلفوا فيما سوى ذلك فتحصيل مذهب مالك انها فى ثلاثة أنواع أحدها مقصود وهو العقار من الدور والحوانيت والبساتين والثانى مايتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول وذلك كالبئر ومحال النخل مادام الاصل فيها على صفة تجب فيها الشفعة عنه وهو أن يكون الاصل الذى هو الارض مشاعا بينه وبين شريكه غير مقسوم والثالث ماتعلق بهذه كالثمار وفيها عنه خلاف وكذلك كراء الارض للزرع وكتابة المكاتب واختلف عنه فى الشفعة فى الحمام والرحا وأما ما عدا هذا من العروض والحيوان فلا شفعة فيها عنده وكذلك لا شفعة عنده فى الطريق ولا فى عرصة الدار واختلف عنه فى اكرية الدور وفى المساقاة وفى الدين هل يكون الذى عليه الدين أحق به وكذلك الذى عليه الكتابة وبه قال عمر بن عبد العزيز وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى الدين وبه قال أشهب من أصحاب مالك وقال ابن القاسم لا شفعة فى الدين ولم يختلفا فى ايجابها فى الكتابة لحرمة العتق وفقهاء الامصار على أن لا شفعة الا فى العقار فقط وحكى عن قوم ان الشفعة فى كل شئ ماعدا المكيل والموزون ولم يجز أبو حنيفة الشفعة فى البئر والفحل وأجازها فى العرصة والطريق ووافق الشافعى مالكا فى العرصة وفى الطريق وفى البئر وخالفاه جميعا فى الثمار وعمدة الجمهور فى قصر الشفعة على العقار ماورد فى الحديث الثابت من قوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فكأنه قال الشفعة فيما يمكن فيه القسمة مادام لم يقسم وهذا استدلال بدليل الخطاب وقد أجمع عليه فى هذا الموضع فقهاء الامصار مع اختلافهم فى صحة الاستدلال به وأما عمدة من أجازها فى كل شئ فما خرجه الترمذى عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الشريك شفيع والشفعة فى كل شئ ولان معنى ضرر الشركة والجوار موجود فى كل شئ وان كان فى العقار أظهر ولما لحظ هذا مالك أجرى مايتبع العقار مجرى العقار واستدل أبو حنيفة على منع الشفعة فى البئر بما روى لا شفعة فى بئر ومالك حمل هذا الأثر على آبار الصحارى التى تعمل فى الأرض الموات

لا التي تكون في أرض متملكة

﴿الركن الثالث﴾ وأما المشفوع عليه فانهم اتفقوا على أنه من انتقل اليه الملك بشراء من شريك غير مقاسم أو من جار عند من يرى الشفعة للجار واختلفوا فيمن انتقل اليه الملك بغير شراء فالمشهور عن مالك ان الشفعة انما تجب اذا كان انتقال الملك بعوض كالبيع والصلح والمهر وارش الجنايات وغير ذلك وبه قال الشافعي وعنه رواية ثانية انها تجب بكل ملك انتقل بعوض أو بغير عوض كالهبة لغير الثواب والصدقة ماعدا الميراث فانه لا شفعة عند الجميع فيه باتفاق وأما الحنفية فالشفعة عندهم في المبيع فقط وعمدة الحنفية ظاهر الاحاديث وذلك ان مفهومها يقتضي انها في المبيعات بل ذلك نص فيها لأن في بعضها فلا يبيع حتى يستأذن شريكه وأما المالكية فرأت ان كل ما انتقل بعوض فهو في معنى البيع ووجه الرواية الثانية أنها اعتبرت الضرر فقط وأما الهبة للثواب فلا شفعة فيها عند أبي حنيفة ولا الشافعي أما أبو حنيفة فلان الشفعة عنده في المبيع فقط وأما الشافعي فلان هبة الثواب عنده باطلة وأما مالك فلا خلاف عنده وعند أصحابه في أن الشفعة فيها واجبة واتفق العلماء على أن المبيع الذي بالخيار انه اذا كان الخيار فيه للبائع ان الشفعة لا تجب حتى يجب البيع واختلفوا اذا كان الخيار للمشتري فقال الشافعي والكوفيون الشفعة واجبة عليه لأن البائع قد صرم الشقص عن ملكه وأبانه منه وقيل ان الشفعة غير واجبة عليه لأنه غير ضامن وبه قال جماعة من أصحاب مالك واختلف في الشفعة في المساقاة وهي تبديل أرض بأرض فعن مالك في ذلك ثلاث روايات الجواز والمنع والثالث أن تكون المناقلة بين الاشراك أو الاجانب فلم يرها في الاشراك ورآها في الاجانب

﴿الركن الرابع في الاخذ بالشفعة﴾ والنظر في هذا الركن بماذا يأخذ الشفيع وكم يأخذ ومتى يأخذ فاما بماذا يأخذ فانهم اتفقوا على أنه يأخذ في البيع بالثمن ان كان حالا واختلفوا اذا كان البيع الى أجل هل يأخذه الشفيع بالثمن الى ذلك الاجل أو يأخذ المبيع بالثمن حالا أو هو مخير فقال مالك يأخذه بذلك الاجل اذا كان مليا أو يأتي بضامن ملىء وقال الشافعي الشفيع مخير فان عجل تعجلت الشفعة والا تتأخر الى وقت الاجل وهو نحو قول الكوفيين وقال الثوري لا يأخذها الا بالنقد لأنها قد دخلت

فى ضمان الأول قال ومنا من يقول تبقى فى يد الذى باعها فاذا بلغ الاجل أخذها الشفيع والذين رأوا الشفعة فى سائر المعاوضات مما ليس ببيع فالمعلوم عنهم أنه يأخذ الشفعة بقيمة الشقص ان كان العوض مما ليس يتقدر مثل ان يكون معطى فى خلع واما ان يكون معطى فى شئ يتقدر ولم يكن دنانير ولا دراهم ولا بالجملة مكيلا ولا موزونا فانه يأخذه بقيمة ذلك الشئ الذى دفع الشقص فيه وان كان ذلك الشئ محدود القدر بالشرع أخذ ذلك الشقص بذلك القدر مثل أن يدفع الشقص فى موضحة وجبت عليه أو منقلة فانه يأخذه بدية الموضحة أو المنقلة وأما كم يأخذ فان الشفيع لا يخلو أن يكون واحدا أو أكثر والمشفوع عليه أيضا لا يخلو أن يكون واحدا أو أكثر فأما ان كان الشفيع واحدا والمشفوع عليه واحدا فلا خلاف فى ان الواجب على الشفيع أن يأخذ الكل أو يدع وأما اذا كان المشفوع عليه واحدا والشفعاء أكثر من واحد فانهم اختلفوا من ذلك فى موضعين أحدهما فى كيفية قسمة المشفوع فيه بينهم والثانى اذا اختلفت أسباب شركتهم هل يحجب بعضهم بعضا عن الشفعة أم لا مثل أن يكون بعضهم شركاء فى المال الذى ورثوه لأنهم أهل سهم واحد وبعضهم لأنهم عصبة ﴿فأما المسئلة الاولى﴾ وهى كيفية توزيع المشفوع فيه فان مالكا والشافعى وجمهور أهل المدينة يقولون ان المشفوع فيه يقتسمونه بينهم على قدر حصصهم فمن كان نصيبه من أصل المال الثلث مثلا أخذ من الشقص بثلث الثمن ومن كان نصيبه الربع أخذ الربع وقال الكوفيون هى على عدد الرؤس على السواء وسواء فى ذلك الشريك ذو الحظ الأكبر وذو الحظ الأصغر وعمدة المدنيين أن الشفعة حق يستفاد وجوبه بالملك المتقدم فوجب ان يتوزع على مقدار الأصل أصله الأكرية فى المستأجرات المشتركة والربح فى شركة الاموال وأيضا فان الشفعة انما هى لازالة الضرر والضرر داخل على كل واحد منهم على غير استواء لأنه انما يدخل على كل واحد منهم بحسب حصته فوجب ان يكون استحقاقهم لدفعه على تلك النسبة وعمدة الحنفية ان وجوب الشفعة انما يلزم بنفس الملك فيستوى فى ذلك أهل الحظوظ المختلفة لاستوائهم فى نفس الملك وربما شبهوا ذلك بالشركاء فى العبد يعتق بعضهم نصيبه أنه يقوم على المعتقين على السوية أعنى حظ من لم يعتق

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ فان الفقهاء اختلفوا فى دخول الاشراك الذين هم عصبة فى الشفعة مع الاشراك الذين شركتهم من قبل السهم فقال مالك أهل السهم الواحد أحق بالشفعة اذا باع أحدهم من الاشراك معهم فى المال من قبل التعصيب وانه لا يدخل ذو العصبة فى الشفعة على أهل السهام المقدرة و يدخل ذوو السهام على ذوى التعصيب مثل ان يموت ميت فيترك عقارا ترثه عنه بنتان وابنا عم ثم تبيع البنت الواحدة حظها فان البنت الثانية عند مالك هى التى تشفع فى ذلك الحظ الذى باعته اختها فقط دون ابنى العم وان باع أحد ابنى العم نصيبه يشفع فيه البنات وابن العم الثانى و بهذا القول قال ابن القاسم وقال أهل الكوفة لا يدخل ذوو السهام على العصبات ولا العصبات على ذوى الاسهام و يتشافع أهل السهم الواحد فيما بينهم خاصة وبه قال أشهب وقال الشافعى فى أحد قوليه يدخل ذوو السهام على العصبات والعصبات على ذوى السهام وهو الذى اختاره المزنى و به قال المغيرة من أصحاب مالك وعمدة مذهب الشافعى عموم قضائه صلى الله عليه وسلم بالشفعة بين الشركاء ولم يفصل ذوى سهم من عصبة ومن خصص ذوى السهام من العصبات فلانه رأى ان الشركة مختلفة الاسباب أعنى بين ذوى السهام و بين العصبات فشبه الشركات المختلفة الاسباب بالشركات المختلفة من قبل محالها الذى هو المال بالقسمة بالاموال ومن أدخل ذوى السهام على العصبة ولم يدخل العصبة على ذوى السهام فهو استحسان على غير قياس ووجه الاستحسان انه رأى ان ذوى السهام أقعد من العصبة وأما اذا كان المشفوع عليهما اثنين فاكثر فأراد الشفيع ان يشفع على أحدهما دون الثانى فقال ابن القاسم اما ان يأخذ الكل أو يدع وقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعى له ان يشفع على أيهما أحب و به قال أشهب فاما اذا باع رجلان شقصا من رجل فأراد الشفيع أن يشفع على احدهما دون الثانى فان اباحنيفة منع ذلك وجوزه الشافعى وأما اذا كان الشافعون أكثر من واحد أعنى الاشراك فأراد بعضهم ان يشفع وسلم له الباقى فى البيوع فالجمهور على ان للمشترى أن يقول للشريك اما أن تشفع فى الجميع أو تترك وانه ليس له أن يشفع بحسب حظه الا أن يوافقه المشترى على ذلك وانه ليس له أن يبعض الشفعة على المشترى ان لم يرض بتبعيضها وقال أصبغ من أصحاب مالك ان كان ترك بعضهم الأخذ بالشفعة رفقا للمشترى لم يكن

للشفيع الا أن يأخذ حصته فقط ولا خلاف فى مذهب مالك انه اذا كان بعض الشفعاء غائبا وبعضهم حاضرا فأراد الحاضر أن يأخذ حصته فقط انه ليس له ذلك الا أن يأخذ الكل أو يدع فاذا قدم الغائب فان شاء أخذ وان شاء ترك واتفقوا على أن من شرط الاخذ بالشفعة أن تكون الشركة متقدمة على البيع واختلفوا هل من شرطها أن تكون موجودة فى حال البيع وأن تكون ثابتة قبل البيع * فأما المسئلة الاولى وهى اذا لم يكن شريكا فى حال البيع وذلك يتصوّر بأن يكون يتراخى عن الاخذ بالشفعة بسبب من الاسباب التى لا يقطع له الاخذ بالشفعة حتى يبيع الحظ الذى كان به شريكا فروى أشهب أن قول مالك اختلف فى ذلك فمرة قال له الاخذ بالشفعة ومرة قال ليس له ذلك واختار أشهب أنه لا شفعة له وهو قياس قول الشافعى والكوفيين لان المقصود بالشفعة انما هو ازالة الضرر من جهة الشركة وهذا ليس بشريك وقال ابن القاسم له الشفعة اذا كان قيامه فى أثره لانه يرى أن الحق الذى وجب له لم يرتفع ببيعه حظه * وأما المسئلة الثانية فصورتها أن يستحق انسان شقصا فى أرض قد بيع منها قبل وقت الاستحقاق شقص مّا هل له أن يأخذ بالشفعة أم لا فقال قوم له ذلك لانه وجبت له الشفعة بتقدم شركته قبل البيع ولا فرق فى ذلك كانت يده عليه أو لم تكن وقال قوم لا تجب له الشفعة لانه انما ثبت له مال الشركة يوم الاستحقاق قالوا ألا ترى أنه لا يأخذ الغلة من المشترى فأما مالك فقال ان طال الزمان فلا شفعة وان لم يطل ففيه الشفعة وهو استحسان وأما متى يأخذ وهو له الشفعة فان الذى له الشفعة رجلان حاضر أو غائب فأما الغائب فأجمع العلماء على أن الغائب على شفعته ما لم يعلم ببيع شريكه واختلفوا اذا علم وهو غائب فقال قوم تسقط شفعته وقال قوم لا تسقط وهو مذهب مالك والحجة له ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم من حديث جابر أنه قال الجار أحق بصقبه أو قال بشفعته ينتظر بها اذا كان غائبا وأيضا فان الغائب فى الأكثر معوّق عن الاخذ بالشفعة فوجب عذره وعمدة الفريق الثانى ان سكوته مع العلم قرينة تدل على رضاه باسقاطها وأما الحاضر فان الفقهاء اختلفوا فى وقت وجوب الشفعة له فقال الشافعى وأبو حنيفة هى واجبة له على الفور بشرط العلم وامكان الطلب فان علم وأمكن الطلب ولم يطلب بطلت شفعته الا أن أبا حنيفة قال ان أشهد بالاخذ لم تبطل وان تراخى وأما مالك

فليست عنده على الفور بل وقت وجوبها متسع واختلف قوله فى هذا الوقت هل هو محدود أم لا فمرة قال هو غير محدود وأنها لا تنقطع أبدا الا أن يحدث المبتاع بناء أو تغييرا كثيرا بمعرفته وهو حاضر عالم ساكت ومرة حدد هذا الوقت فروى عنه السنة وهو الاشهر وقيل أكثر من سنة وقد قيل عنه ان الخمسة الاعوام لا تنقطع فيها الشفعة واحتج الشافعى بما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال الشفعة كحل العقال وقد روى عن الشافعى ان أمدها ثلاثة أيام وأما من لم يسقط الشفعة بالسكوت واعتمد على أن السكوت لا يبطل حق امرئ مسلم مالم يظهر من قرائن أحواله ما يدل على اسقاطه وكان هذا أشبه بأصول الشافعى لأن عنده أنه ليس يجب أن ينسب الى ساكت قول قائل وان اقترنت به أحوال تدل على رضاه ولكنه فيما أحسب اعتمد الأثر فهذا هو القول فى أركان الشفعة وشروطها المصححة لها وبقى القول فى الأحكام (القسم الثانى)

(القول فى أحكام الشفعة)

وهذه الأحكام كثيرة ولكن نذكر منها ما اشتهر فيه الخلاف بين فقهاء الأمصار فمن ذلك اختلافهم فى ميراث حق الشفعة فذهب الكوفيون الى أنه لا يورث كما أنه لا يباع وذهب مالك والشافعى وأهل الحجاز الى أنها موروثة قياسا على الاموال وقد تقدم سبب الخلاف فى هذه المسائل فى مسئلة الرد بالعيب ومنها اختلافهم فى عهدة الشفيع هل هى على المشترى أو على البائع فقال مالك والشافعى هى على المشترى وقال ابن أبى ليلى هى على البائع وعمدة مالك ان الشفعة انما وجبت للشريك بعد حصول ملك المشترى وصحته فوجب ان تكون عليه العهدة وعمدة الفريق الآخر أن الشفعة انما وجبت للشريك بنفس البيع فطروها على البيع فسخ له وعقدها وأجمعوا على ان الاقالة لا تبطل الشفعة من رأى أنها بيع ومن رأى أنها فسخ أعنى الاقالة واختلف أصحاب مالك على من عهدة الشفيع فى الاقالة فقال ابن القاسم على المشترى وقال أشهب هو مخير ومنها اختلافهم اذا أحدث المشترى بناء أو غرسا أو ما يشبهه فى الشقص قبل قيام الشفيع ثم قام الشفيع يطلب شفعته فقال مالك لا شفعة الا ان يعطى المشترى قيمة ما بنى وما غرس وقال الشافعى وأبو حنيفة هو متعد وللشفيع ان يعطيه قيمة بنائه مقلوعا أو يأخذه بنقضه

والسبب فى اختلافهم تردد تصرف المشفوع عليه العالم بوجوب الشفعة عليه بين شبهة تصرف الغاصب وتصرف المشترى الذى يطرأ عليه الاستحقاق وقد بنى فى الأرض وغرس وذلك انه وسط بينهما فمن غلب عليه شبه الاستحقاق لم يكن له أن يأخذ القيمة ومن غلب عليه شبه التعدى قال له ان يأخذه بنقضه أو يعطيه قيمته منقوضا ومنها اختلافهم اذا اختلف المشترى والشفيع فى مبلغ الثمن فقال المشترى اشتريت الشقص بكذا وقال الشفيع بل اشتريته بأقل ولم يكن لواحد منهما بينة فقال جمهور الفقهاء القول قول المشترى لأن الشفيع مدع والمشفوع عليه مدعى عليه وخالف فى ذلك بعض التابعين فقالوا القول قول الشفيع لأن المشترى قد أقر له بوجوب الشفعة وادعى عليه مقدارا من الثمن لم يعترف له به وأما أصحاب مالك فاختلفوا فى هذه المسئلة فقال ابن القاسم القول قول المشترى اذا أتى بما يشبه باليمين فان أتى بما لا يشبه فالقول قول الشفيع وقال أشهب اذا أتى بما يشبه فالقول قول المشترى بلا يمين وفيما لا يشبه باليمين وحكى عن مالك انه قال اذا كان المشترى ذا سلطان يعلم بالعادة انه يزيد فى الثمن قبل قول المشترى بغير يمين وقيل اذا أتى المشترى بما لا يشبه رد الشفيع الى القيمة وكذلك فيما فيما أحسب اذا أتى كل واحد منهما بما لا يشبه واختلفوا اذا أتى كل واحد منهما ببينة وتساوت العدالة فقال ابن القاسم يسقطان معا ويرجع الى الاصل من أن القول قول المشترى مع يمينه وقال أشهب البينة بينة المشترى لانها زادت علما

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

(كتاب القسمة)

والاصل فى هذا الكتاب قوله تعالى (واذا حضر القسمة أولوا القربى) وقوله (مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا) وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما دار قسمت فى الجاهلية فهى على قسم الجاهلية وأيما دار أدركها الاسلام ولم تقسم فهى على قسم الاسلام والنظر فى هذا الكتاب فى القاسم والمقسوم عليه والقسمة والنظر فى القسمة فى أبواب الباب الأول فى أنواع القسمة الثانى فى تعيين محل نوع نوع من أنواعها أعنى ما يقبل القسمة وما لا يقبلها وصفة القسمة فيها وشروطها أعنى

فيما يقبل القسمة الثالث في معرفة أحكامها

(الباب الاول)

والنظر في القسمة ينقسم أولا الى قسمين قسمة رقاب الأموال والثانى منافع الرقاب ﴿ القسم الأول من هذا الباب ﴾ فاما قسمة الرقاب التى لا تكال ولا توزن فتقسم بالجملة الى ثلاثة أقسام قسمة قرعة بعد تقويم وتعديل وقسمة مراضاة بعد تقويم وتعديل وقسمة مراضاة بغير تقويم ولا تعديل وأما ما يكال أو يوزن فبالكيل والوزن ﴿ القسم الثانى ﴾ وأما الرقاب فانها تنقسم الى ثلاثة أقسام ما لا ينقل ولا يحول وهى الرباع والأصول وما ينقل و يحول وهذان قسمان اما غير مكيل ولا موزون وهو الحيوان والعروض واما مكيل أو موزون ففى هذا الباب ثلاثة فصول الاول فى الرباع والثانى فى العروض والثالث فى المكيل والموزون

(الفصل الاول)

فاما الرباع والاصول فيجوز أن تقسم بالتراضى و بالسهمة اذا عدلت بالقيمة اتفق أهل العلم على ذلك اتفاقا مجملا وان كانوا اختلفوا فى محل ذلك وشروطه والقسمة لا تخلو أن تكون فى محل واحد أو فى محال كثيرة فاذا كانت فى محل واحد فلا خلاف فى جوازها اذا انقسمت الى أجزاء متساوية بالصفة ولم تنقص منفعة الاجزاء بالانقسام و يجبر الشركاء على ذلك وأما اذا انقسمت الى ما لا منفعة فيه فاختلف فى ذلك مالك وأصحابه فقال مالك انها تقسم بينهم اذا دعا أحدهم الى ذلك ولو لم يصر لواحد منهم الا ما لا منفعة فيه مثل قدر القدم و به قال ابن كنانة من أصحابه فقط وهو قول أبى حنيفة والشافعى وعمدتهم فى ذلك قوله تعالى (مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا) وقال ابن القاسم لا يقسم الا أن يصير لكل واحد فى حظه ما ينتفع به من غير مضرة داخلة عليه فى الانتفاع من قبل القسمة وان كان لا يراعى فى ذلك نقصان الثمن وقال ابن الماجشون يقسم اذا صار لكل واحد منهم ما ينتفع به وان كان من غير جنس المنفعة التى كانت فى الاشتراك أو كانت أقل وقال مطرف من أصحابه ان لم يصر فى حظ كل واحد ما ينتفع به لم يقسم وان صار فى حظ بعضهم ما ينتفع به وفى حظ بعضهم

مالا ينتفع به قسم وجبروا على ذلك سواء دعا الى ذلك صاحب النصيب القليل أو الكثير وقيل يجبران دعا صاحب النصيب القليل ولا يجبران دعا صاحب النصيب الكثير وقيل بعكس هذا وهو ضعيف واختلفوا من هذا الباب فيما اذا قسم انتقلت منفعته الى منفعة أخرى مثل الحمام فقال مالك يقسم اذا طلب ذلك أحد الشريكين وبه قال أشهب وقال ابن القاسم لا يقسم وهو قول الشافعي فعمدة من منع القسمة قوله صلى الله عليه وسلم لاضرر ولاضرار وعمدة من رأى القسمة قوله تعالى (مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا) ومن الحجة لمن لم ير القسمة حديث جابر عن أبيه لا تعضية على أهل الميراث الا ما حمل القسم والتعضية التفرقة يقول لا قسمة بينهم وأما اذا كانت الرباع أكثر من واحد فانها لا تخلو أيضا أن تكون من نوع واحد أو مختلفة الأنواع فاذا كانت متفقة الأنواع فان فقهاء الأمصار فى ذلك مختلفون فقال مالك اذا كانت متفقة الأنواع قسمت بالتقويم والتعديل والسهمة وقال أبو حنيفة والشافعي بل يقسم كل عقار على حدته فعمدة مالك انه أقل للضرر الداخل على الشركاء من القسمة وعمدة الفريق الثانى ان كل عقار تعينه بنفسه لانه تتعلق به الشفعة واختلف أصحاب مالك اذا اختلفت الانواع المتفقة فى النفاق وان تباعدت مواضعها على ثلاثة أقوال وأما اذا كانت الرباع مختلفة مثل أن يكون منها دور ومنها حوائط ومنها أرض فلا خلاف انه لا يجمع فى القسمة بالسهمة ومن شرط قسمة الحوائط المثمرة أن لا تقسم مع الثمرة اذا بدا صلاحها باتفاق فى المذهب لأنه يكون بيع الطعام بالطعام على رؤس الثمر وذلك من ابنة وأما قسمتها قبل بدو الصلاح ففيه اختلاف بين أصحاب مالك أما ابن القاسم فلا يجيز ذلك قبل الابار بحال من الأحوال ويعتل لذلك لأنه يؤدى الى بيع طعام بطعام متفاضلا ولذلك زعم انه لم يجز مالك شراء الثمر الذى لم يطب بالطعام لا نسيئة ولا نقدا وأما ان كان بعد الابار فانه لا يجوز عنده الا بشرط أن يشترط أحدهما على الآخر ان ما وقع من الثمر فى نصيبه فهو داخل فى القسمة ومالم يدخل فى نصيبه فهم فيه على الشركة والعلة فى ذلك عنده انه يجوز اشتراط المشترى الثمر بعد الابار ولا يجوز قبل الابار فكان أحدهما اشترى حظ صاحبه من جميع الثمرات التى وقعت له فى القسمة بحظه من الثمرات التى

وقعت الشركة واشترط الثمر وصفة القسم بالقرعة أن تقسم الفريضة وتحقق وتضرب ان كان في سهامها كسر الى أن تصح السهام ثم يقوم كل موضع منها وكل نوع من غراساتها ثم يعدل على أقل السهام بالقيمة فربما عدل جزء من موضع ثلاثة أجزاء من موضع آخر على قيم الأرضين ومواضعها فاذا قسمت على هذه الصفات وعدلت كتبت في بطائق أسماء الاشراك وأسماء الجهات فمن خرج اسمه في جهة أخذ منها وقيل يرمى بالأسماء في الجهات فمن خرج اسمه في جهة أخذ منها فان كان أكثر من ذلك السهم ضوعف له حتى يتم حظه فهذه هي حال قرعة السهم في الرقاب والسهمة انما جعلها الفقهاء في القسمة تطييبا للنفوس المتقاسمين وهي موجودة في الشرع في مواضع منها قوله تعالى (فساهم فكان من المدحضين) وقوله (وما كنت لديهم اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم) ومن ذلك الأثر الثابت الذي جاء فيه أن رجلا أعتق ستة أعبد عند موته فأسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فأعتق ثلث ذلك الرقيق وأما القسمة بالتراضي سواء كانت بعد تعديل وتقويم أو بغير تقويم وتعديل فتجوز في الرقاب المتفقة والمختلفة لأنها بيع من البيوع وانما يحرم فيها ما يحرم في البيوع

(الفصل الثاني في العروض)

وأما الحيوان والعروض فاتفق الفقهاء على أنه لا يجوز قسمة واحد منهما للفساد الداخل في ذلك واختلفوا اذا تشاح الشريكان في العين الواحدة منهما ولم يتراضيا بالانتفاع بها على الشياع وأراد أحدهما أن يبيع صاحبه معه فقال مالك وأصحابه يجبر على ذلك فان أراد أحدهما أن يأخذه بالقيمة التي أعطى فيها أخذه وقال أهل الظاهر لا يجبر لان الاصول تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده الا بدليل من كتاب أو سنة أو اجماع وحجة مالك ان في ترك الاجبار ضررا وهذا من باب القياس المرسل وقد قلنا في غير ما موضع انه ليس يقول به أحد من فقهاء الأمصار الا مالك ولكنه كالضروري في بعض الأشياء وأما اذا كانت العروض أكثر من جنس واحد فاتفق العلماء على قسمتها على التراضي واختلفوا في قسمتها بالتعديل والسهمة فأجازها مالك وأصحابه في الصنف الواحد ومنع من ذلك عبد العزيز بن أبي سلمة وابن الماجشون

واختلف أصحاب مالك في تمييز الصنف الواحد الذي تجوز فيه السهمة من التي لا تجوز فاعتبره أشهب بما لا يجوز تسليم بعضه في بعض وأما ابن القاسم فاضطرب فمرة أجاز القسم بالسهمة فيما (١) يجوز تسليم بعضه في بعض فجعل القسمة أخف من السلم ومرة منع القسمة فيما منع فيه السلم وقد قيل ان مذهبه ان القسمة في ذلك أخف وان مسائله التي يظن من قبلها أن القسمة عنده أشد من السلم تقبل التأويل على أصله الثاني وذهب ابن حبيب الى أنه يجمع في القسمة ما تقارب من الصنفين مثل الخز والحرير والقطن والكتان وأجاز أشهب جمع صنفين في القسمة بالسهمة مع التراضي وذلك ضعيف لأن الغرر لا يجوز بالتراضي

(الفصل الثالث)

فأما المكيل والموزون فلا تجوز فيه القرعة باتفاق الا ما حكى اللخمي والمكيل أيضا لا يخلو أن يكون صبرة واحدة أو صبرتين فزائدا فان كان صنفا واحدا فلا يخلو أن تكون قسمته على الاعتدال بالكيل أو الوزن اذا دعا الى ذلك أحد الشريكين ولا خلاف في جواز قسمته على التراضي على التفضيل البين كان ذلك من الربوي أو من غير الربوي أعني الذي لا يجوز فيه التفاضل ويجوز ذلك بالكيل المعلوم والمجهول ولا يجوز قسمته جزافا بغير كيل ولا وزن وأما ان كانت قسمته تحريا فقيل لا يجوز في المكيل ويجوز في الموزون ويدخل في ذلك من الخلاف ما يدخل في جواز بيعه تحريا وأما ان لم يكن ذلك من صبرة واحدة وكانا صنفين فان كان ذلك مما لا يجوز فيه التفاضل فلا تجوز قسمتها على جهة الجمع الا بالكيل المعلوم فيما يكال وبالوزن بالصنجة المعروفة فيما يوزن لانه اذا كان بمكيال مجهول لم يدر كم يحصل فيه من الصنف الواحد اذا كانا مختلفين من الكيل المعلوم وهذا كله على مذهب مالك لأن أصل مذهبه أنه يحرم التفاضل في الصنفين اذا تقاربت منافعهما مثل القمح والشعير وأما ان كان مما يجوز فيه التفاضل فيجوز قسمته على الاعتدال والتفاضل البين المعروف بالمكيال المعروف أو الصنجة المعروفة أعني على جهة الجمع وان كانا صنفين وهذا الجواز كله في المذهب على جهة الرضا وأما في واجب الحكم فلا تنقسم

(١) قوله فيما يجوز هكذا بالنسخ ولعله فيما لا يجوز بدليل المقابل تأمل اه مصححه

كل صبرة الاعلى حدة واذاقسمت كل صبرة على حدة جازت قسمتها بالمكيال المعلوم والمجهول فهذا كله هو حكم القسمة التى تكون فى الرقاب

(القول فى القسم الثانى وهو قسمة المنافع)

فأما قسمة المنافع فانها لاتجوز بالسهمة على مذهب ابن القاسم ولا يجبر عليها من أباها ولا تكون القرعة على قسمة المنافع وذهب أبو حنيفة وأصحابه الى أنه يجبر على قسمة المنافع وقسمة المنافع هى عند الجميع بالمهايأة وذلك اما بالأزمان واما بالأعيان أما قسمة المنافع بالازمان فهو أن ينتفع كل واحد منهما بالعين مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه وأما قسم الاعيان بأن يقسما الرقاب على أن ينتفع كل واحد منهما بما حصل له مدة محدودة والرقاب باقية على أصل الشركة وفى المذهب فى قسمة المنافع بالزمان اختلاف فى تحديد المدة التى تجوز فيها القسمة لبعض المنافع دون بعض للاغتلال أو الانتفاع مثل استخدام العبد وركوب الدابة وزراعة الارض وذلك أيضا فيما ينقل ويحول أو لا ينقل ولا يحول فأما فيما ينقل ويحول فلا يجوز عند مالك وأصحابه فى المدة الكثيرة ويجوز فى المدة اليسيرة وذلك فى الاغتلال والانتفاع وأما فيما لا ينقل ولا يحول فيجوز فى المدة البعيدة والاجل البعيد وذلك فى الاغتلال والانتفاع واختلفوا فى المدة اليسيرة فيما ينقل ويحول فى الاغتلال فقيل اليوم الواحد ونحوه وقيل لا يجوز ذلك فى الدابة والعبد وأما الاستخدام فقيل يجوز فى مثل الخمسة الايام وقيل فى الشهر وأكثر من الشهر قليلا وأما التهايؤ فى الاعيان بأن يستعمل هذا دارا مدة من الزمان وهذا دارا تلك المدة بعينها فقيل يجوز فى سكنى الدار وزراعة الارضين ولا يجوز ذلك فى الغلة والكراء الا فى الزمان اليسير وقيل يجوز على قياس التهايؤ بالازمان وكذلك القول فى استخدام العبد والدواب يجرى القول فيه على الاختلاف فى قسمتها بالزمان فهذا هو القول فى أنواع القسمة فى الرقاب وفى المنافع وفى الشروط المصححة والمفسدة وبقى من هذا الكتاب القول فى الاحكام

(القول فى الاحكام)

والقسمة من العقود اللازمة لا يجوز للمتقاسمين نقضها ولا الرجوع فيها الا بالطوارئ

عليها والطوارئ ثلاثة غبن أو وجود عيب أو استحقاق فأما الغبن فلا يوجب الفسخ الا في قسمة القرعة باتفاق في المذهب الا على قياس من يرى له تأثيرا في البيع فيلزم على مذهبه أن يؤثر في القسمة وأما الرد بالعيب فانه لا يخلو على مذهب ابن القاسم أن يجد العيب في جل نصيبه أو في أقله فان وجده في جل نصيبه فانه لا يخلو أن يكون النصيب الذي حصل لشريكه قد فات أو لم يفت فان كان قد فات رد الواجد للعيب نصيبه على الشركة وأخذ من شريكه نصف قيمة نصيبه يوم قبضه وان كان لم يفت انفسخت القسمة وعادت الشركة الى أصلها وان كان العيب في أقل ذلك رد ذلك الاقل على أصل الشركة فقط سواء فات نصيب صاحبه أو لم يفت ورجع على شريكه بنصف قيمة الزيادة ولا يرجع في شئ مما في يده وان كان قائما بالعيب وقال أشهب والذي يفيت الرد قد تقدم في كتاب البيوع وقال عبد العزيز بن الماجشون وجود العيب يفسخ القسمة التي بالقرعة ولا يفسخ التي بالتراضي لان التي بالتراضي هي بيع وأما التي بالقرعة فهي تمييز حق واذا فسخت بالغبن وجب أن تفسخ بالرد بالعيب وحكم الاستحقاق عند ابن القاسم حكم وجود العيب ان كان المستحق كثيرا وحظ الشريك لم يفت رجع معه شريكا فيما في يديه وان كان قد فات رجع عليه بنصف قيمة ما في يديه وان كان يسيرا رجع عليه بنصف قيمة ذلك الشئ وقال محمد اذا استحق ما في يد أحدهما بطلت القسمة في قسمة القرعة لانه قد تبين أن القسمة لم تقع على عدل كقول ابن الماجشون في العيب وأما اذا طرأ على المال حق فيه مثل طوارئ الدين على التركة بعد القسمة أو طرو الوصية أو طرو وارث فان أصحاب مالك اختلفوا في ذلك فأما ان طرأ الدين قيل في المشهور في المذهب وهو قول ابن القاسم ان القسمة تنتقض الا أن يتفق الورثة على أن يعطوا الدين من عندهم وسواء كانت حظوظهم باقية بأيديهم أو لم تكن هلكت بأمر من السماء أو لم تهلك وقد قيل أيضا ان القسمة انما تنتقض بيد من بقي في يده حظه ولم تهلك بأمر من السماء وأما من هلك حظه بأمر من السماء فلا يرجع عليه بشئ من الدين ولا يرجع هو على الورثة بما بقي بأيديهم بعد أداء الدين وقيل بل تنتقض القسمة ولا بد لحق الله تعالى لقوله تعالى (من بعد وصية يوصى بها أو دين) وقيل بل تنتقض الا في حق من اعطى منه

ماينوبه من الدين وهكذا الحكم فى طرو الموصى له على الورثة وأما طرو الوارث على الشركة بعد القسمة وقبل أن يفوت حظ كل واحد منهم فلا تنتقض القسمة وأخذ من كل واحد حظه ان كان ذلك مكيلا أو موزونا وان كان حيوانا أو عروضا انتقضت القسمة وهل يضمن كل واحد منهم ماتلف فى يده بغير سبب منه فقيل يضمن وقيل لا يضمن

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

(كتاب الرهون)

والاصل فى هذا الكتاب قوله تعالى (ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة) والنظر فى هذا الكتاب فى الاركان وفى الشروط وفى الاحكام والاركان هى النظر فى الراهن والمرهون والمرتهن والشيء الذى فيه الرهن وصفة عقد الرهن

﴿ الركن الاول ﴾ فأما الراهن فلا خلاف ان من صفته أن يكون غير محجور عليه من أهل السداد والوصى يرهن لمن يلى النظر عليه اذا كان ذلك سدادا ودعت اليه الضرورة عند مالك وقال الشافعى يرهن لمصلحة ظاهرة ويرهن المكاتب والمأذون عند مالك قال سحنون فان ارتهن فى مال أسلفه لم يجز وبه قال الشافعى واتفق مالك والشافعى على أن المفلس لايجوز رهنه وقال أبو حنيفة يجوز واختلف قول مالك فى الذى أحاط الدين بماله هل يجوز رهنه أعنى هل يلزم أم لا يلزم فالمشهور عنه أنه يجوز أعنى قبل أن يفلس والخلاف آيل الى هل المفلس محجور عليه أم لا وكل من صح أن يكون راهنا صح أن يكون مرتهنا

﴿ الركن الثانى ﴾ وهو الرهن وقالت الشافعية يصح بثلاثة شروط الاول أن يكون عينا فانه لايجوز أن يرهن الدين الثانى أن لا يمتنع اثبات يد الراهن المرتهن عليه كالمصحف ومالك يجيز رهن المصحف ولا يقرأ فيه المرتهن والخلاف مبنى على البيع الثالث أن تكون العين قابلة للبيع عند حلول الاجل ويجوز عند مالك أن يرتهن مالا يحل بيعه فى وقت الارتهان كالزرع والثمر لم يبد صلاحه ولا يباع عنده فى أداء الدين الا اذا بدا صلاحه وان حل أجل الدين وعن الشافعى قولان فى رهن الثمر الذى لم يبد صلاحه ويباع عنده عند حلول الدين على شرط القطع قال أبو حامد والاصح جوازه ويجوز عند مالك رهن مالم يتعين كالدنانير والدراهم

اذا طبع عليها وليس من شرط الرهن أن يكون ملكا للراهن لا عند مالك ولا عند الشافعي بل قد يجوز عندهما أن يكون مستعارا واتفقوا على أن من شرطه أن يكون اقراره فى يد المرتهن من قبل الراهن واختلفوا اذا كان قبض المرتهن له بغصب ثم أقره المغصوب منه فى يده رهنا فقال مالك يصح أن ينقل الشئ المغصوب من ضمان الغصب الى ضمان الرهن فيجعل المغصوب منه الشئ المغصوب رهنا فى يد الغاصب قبل قبضه منه وقال الشافعي لا يجوز بل يبقى على ضمان الغصب الا أن يقبضه واختلفوا فى رهن المشاع فمنعه أبو حنيفة وأجازه مالك والشافعي والسبب فى الخلاف هل تمكن حيازة المشاع أم لا تمكن

﴿الركن الثالث﴾ وهو الشئ المرهون فيه وأصل مذهب مالك فى هذا أنه يجوز أن يؤخذ الرهن فى جميع الأثمان الواقعة فى جميع البيوعات الا الصرف ورأس المال فى السلم المتعلق بالذمة وذلك لان الصرف من شرطه التقابض فلا يجوز فيه عقدة الرهن وكذلك رأس مال السلم وان كان عنده دون الصرف فى هذا المعنى وقال قوم من أهل الظاهر لا يجوز أخذ الرهن الا فى السلم خاصة أعنى فى المسلم فيه وهؤلاء ذهبوا الى ذلك لكون آية الرهن واردة فى الدين فى المبيعات وهو السلم عندهم فكأنهم جعلوا هذا شرطا من شروط صحة الرهن لانه قال فى أول الآية (يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه) ثم قال (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة) فعلى مذهب مالك يجوز أخذ الرهن فى السلم وفى القرض وفى الغصب وفى قيم المتلفات وفى أروش الجنايات فى الاموال وفى جراح العمد الذى لا قود فيه كالمأمومة والجائفة وأما قتل العمد والجراح التى يقاد منها فيتخرج فى جواز أخذ الرهن فى الدية فيها اذا عفا الى الولى قولان أحدهما ان ذلك يجوز وذلك على القول بأن الولى مخير فى العمد بين الدية والقود والقول الثانى ان ذلك لا يجوز وذلك أيضا مبنى على أن ليس للولى الا القود فقط اذا أبى الجانى من اعطاء الدية ويجوز فى قتل الخطأ أخذ الرهن ممن يتعين من العاقلة وذلك بعد الحول ويجوز فى العارية التى تضمن ولا يجوز فيما لا يضمن ويجوز أخذه فى الاجارات ويجوز فى الجعل بعد العمل ولا يجوز قبله ويجوز الرهن فى المهر ولا يجوز فى الحدود ولا فى

القصاص ولا فى الكتابة وبالجملة فيما لا تصح فيه الكفالة وقالت الشافعية المرهون فيه له شرائط ثلاث أحدها أن يكون دينا فانه لا رهن فى عين والثانى أن يكون واجبا فانه لا يرهن قبل الوجوب مثل أن يسترهنه بما يستقرضه ويجوز ذلك عند مالك والثالث أن لا يكون لزومه متوقعا أن يجب وأن لا يجب كالرهن فى الكتابة وهذا المذهب قريب من مذهب مالك

(القول فى الشروط)

وأما شروط الرهن فالشروط المنطوق بها فى الشرع ضربان شروط صحة وشروط فساد فأما شروط الصحة المنطوق بها فى الرهن أعنى فى كونه رهنا فشرطان أحدهما متفق عليه بالجملة ومختلف فى الجهة التى هو بها شرط وهو القبض والثانى مختلف فى اشتراطه فأما القبض فاتفقوا بالجملة على أنه شرط فى الرهن لقوله تعالى (فرهان مقبوضة) واختلفوا هل هو شرط تمام أو شرط صحة وفائدة الفرق أن من قال شرط صحة قال ما لم يقع القبض لم يلزم الرهن الراهن ومن قال شرط تمام قال قال يلزم بالعقد ويجبر الراهن على الاقباض الا أن يتراخى المرتهن عن المطالبة حتى يفلس الراهن أو يمرض أو يموت فذهب مالك الى أنه من شروط التمام وذهب أبو حنيفة والشافعى وأهل الظاهر الى أنه من شروط الصحة وعمدة مالك قياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول وعمدة الغير قوله تعالى (فرهان مقبوضة) وقال بعض أهل الظاهر لا يجوز الرهن الا أن لا يكون هنالك كاتب لقوله تعالى (ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة) ولا يجوز أهل الظاهر أن يوضع الرهن على يدى عدل وعند مالك ان من شرط صحة الرهن استدامة القبض وانه متى عاد الى يد الراهن باذن المرتهن بعارية أو وديعة أو غير ذلك فقد خرج من اللزوم وقال الشافعى ليس استدامة القبض من شرط الصحة فمالك عمم الشرط على ظاهره فألزم من قوله تعالى (فرهان مقبوضة) وجود القبض واستدامته والشافعى يقول اذا وجد القبض فقد صح الرهن وانعقد فلا يحل ذلك اعارته ولا غير ذلك من التصرف فيه كالحال فى البيع وقد كان الاولى بمن يشترط القبض فى صحة العقد أن يشترط الاستدامة ومن لم يشترطه فى الصحة أن لا يشترط الاستدامة واتفقوا على جوازه فى السفر

واختلفوا فى الحضر فذهب الجمهور الى جوازه وقال أهل الظاهر ومجاهد لا يجوز فى الحضر لظاهر قوله تعالى (وان كنتم على سفر) الآية وتمسك الجمهور بما ورد من أنه صلى الله عليه وسلم رهن فى الحضر والقول فى استنباط منع الرهن فى الحضر من الآية هو من باب دليل الخطاب وأما الشرط المحرم الممنوع بالنص فهو أن يرهن الرجل رهنا على أنه ان جاء بحقه عند أجله والا فالرهن له فاتفقوا على أن هذا الشرط يوجب الفسخ وأنه معنى قوله عليه السلام لا يغلق الرهن

(القول فى الجزء الثالث من هذا الكتاب وهو القول فى الاحكام)

وهذا الجزء ينقسم الى معرفة ما للراهن من الحقوق فى الرهن وما عليه والى معرفة ما للمرتهن فى الرهن وما عليه والى معرفة اختلافهما فى ذلك وذلك اما من نفس العقد واما الامور طارئة على الرهن ونحن نذكر من ذلك ما اشتهر الخلاف فيه بين فقهاء الأمصار والاتفاق أما حق المرتهن فى الرهن فهو أن يمسكه حتى يؤدى الراهن ما عليه فان لم يأت به عند الأجل كان له أن يرفعه الى السلطان فيبيع عليه الرهن وينصفه منه ان لم يجبه الراهن الى البيع وكذلك ان كان غائبا وان وكل الراهن المرتهن على بيع الرهن عند حلول الأجل جز وكرهه مالك الا أن يرفع الأمر الى السلطان والرهن عند الجمهور يتعلق بجملة الحق المرهون فيه وببعضه أعنى أنه اذا رهنه فى عدد ما فأدى منه بعضه فان الرهن بأسره يبقى بعد بيد المرتهن حتى يستوفى حقه وقال قوم بل يبقى من الرهن بيد المرتهن بقدر ما يبقى من الحق وحجة الجمهور أنه محبوس بحق فوجب أن يكون محبوسا بكل جزء منه أصله حبس التركة على الورثه حتى يؤدوا الدين الذى على الميت وحجة الفريق الثانى أن جميعه محبوس بجميعه فوجب أن يكون ابعاضه محبوسة بابعاضه أصله الكفالة ﴿ومن مسائل هذا الباب المشهورة﴾ اختلافهم فى نماء الرهن المنفصل مثل الثمرة فى الشجر المرهون ومثل الغلة ومثل الولد هل يدخل فى الرهن أم لا فذهب قوم الى أن نماء الرهن المنفصل لا يدخل شئ منه فى الرهن أعنى الذى يحدث منه فى يد المرتهن وممن قال بهذا القول الشافعى وذهب آخرون الى أن جميع ذلك يدخل فى الرهن وممن قال بهذا القول أبو حنيفة والثورى وفرق مالك فقال ما كان من نماء الرهن المنفصل على خلقته

وصورته فانه داخل فى الرهن كولد الجارية مع الجارية وأما مالم يكن على خلقته فانه لا يدخل فى الرهن كان متولدا عنه كثمر النخل أو غير متولد ككراء الدار وخراج الغلام وعمدة من رأى أن نماء الرهن وغلته للراهن قوله عليه الصلاة والسلام الرهن محلوب ومركوب قالوا ووجه الدليل من ذلك انه لم يرد بقوله مركوب ومحلوب أى يركبه الراهن ويحلبه لأنه كان يكون غير مقبوض وذلك مناقض لكونه رهنا فان الرهن من شرطه القبض قالوا ولا يصح أيضا أن يكون معناه أن المرتهن يحلبه ويركبه فلم يبق الا أن يكون المعنى فى ذلك ان أجرة ظهره لربه ونفقته عليه واستدلوا أيضا بعموم قوله عليه الصلاة والسلام الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه قالوا ولأنه نماء زائد على مارضيه رهنا فوجب أن لا يكون له الا بشرط زائد وعمدة أبى حنيفة ان الفروع تابعة للاصول فوجب لها حكم الأصل ولذلك حكم الولد تابع لحكم أمه فى التدبير والكتابة وأما مالك فاحتج بأن الولد حكمه حكم أمه فى البيع أى هو تابع لها وفرق بين الثمر والولد فى ذلك بالسنة المفرقة فى ذلك وذلك أن الثمر لا يتبع بيع الأصل الا بالشرط وولد الجارية يتبع بغير شرط والجمهور على أن ليس للمرتهن أن ينتفع بشئ من الرهن وقال قوم اذا كان الرهن حيوانا فللمرتهن أن يحلبه ويركبه بقدر ما يعلفه وينفق عليه وهو قول أحمد واسحق واحتجوا بما رواه أبو هريرة عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال الرهن محلوب ومركوب ومن هذا الباب اختلافهم فى الرهن يهلك عند المرتهن ممن ضمانه فقال قوم الرهن أمانة وهو من الراهن والقول قول المرتهن مع يمينه انه مافرط فيه وماجنى عليه وممن قال بهذا القول الشافعى وأحمد وأبو ثور وجمهور أهل الحديث وقال قوم الرهن من المرتهن ومصيبته منه وممن قال بهذا القول أبو حنيفة وجمهور الكوفيين والذين قالوا بالضمان انقسموا قسمين فنهم من رأى أن الرهن مضمون بالأقل من قيمته أو قيمة الدين وبه قال أبو حنيفة وسفيان وجماعة ومنهم من قال هو مضمون بقيمته قلت أو كثرت وانه ان فضل للراهن شئ فوق دينه أخذه من المرتهن وبه قال على بن أبى طالب وعطاء واسحق وفرق قوم بين مالا يغاب عليه مثل الحيوان والعقار مما لا يخفى هلاكه وبين مايغاب عليه من

العروض فقالوا هو ضامن فيما يغاب عليه ومؤتمن فيما لا يغاب عليه وممن قال بهذا القول مالك والاوزاعى وعثمان البتى الا أن مالكا يقول اذا شهد الشهود بهلاك ما يغاب عليه من غير تضييع ولا تفريط فانه لا يضمن وقال الاوزاعى وعثمان البتى بل يضمن على كل حال قامت بينة أولم تقم وبقول مالك قال ابن القاسم وبقول عثمان والاوزاعى قال أشهب وعمدة من جعله أمانة غير مضمون حديث سعيد بن المسيب عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا يغلق الرهن وهو ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه أى له غلته وخراجه وعليه افتكاكه ومصيبته منه قالوا وقد رضى الراهن أمانته فأشبه المودع عنده وقال المزنى من أصحاب الشافعى محتجا له قد قال مالك ومن تابعه ان الحيوان وما ظهر هلاكه أمانة فوجب أن يكون كله كذلك وقد قال أبو حنيفة ان ما زاد من قيمة الرهن على قيمة الدين فهو أمانة فوجب أن يكون كله أمانة ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام عند مالك ومن قال بقوله وعليه غرمه أى نفقته قالوا وذلك معنى قوله عليه الصلاة والسلام الرهن مركوب ومحلوب أى أجرة ظهره لربه ونفقته عليه وأما أبو حنيفة وأصحابه فتأولوا قوله عليه الصلاة والسلام له غنمه وعليه غرمه ان غنمه ما فضل منه على الدين وغرمه ما نقص وعمدة من رأى انه مضمون من المرتهن انه عين تعلق بها حق الاستيفاء ابتداء فوجب أن يسقط بتلفه أصله تلف المبيع عند البائع اذا أمسكه حتى يستوفى الثمن وهذا متفق عليه من الجمهور وان كان عند مالك كالرهن وربما احتجوا بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أن رجلا ارتهن فرسا من رجل فنفق فى يده فقال عليه الصلاة والسلام للمرتهن ذهب حقك وأما تفريق مالك بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه فهو استحسان ومعنى ذلك ان التهمة تلحق فيما يغاب عليه ولا تلحق فيما لا يغاب عليه وقد اختلفوا فى معنى الاستحسان الذى يذهب اليه مالك كثيرا فضعفه قوم وقالوا انه مثل استحسان أبى حنيفة وحدوا الاستحسان بأنه قول بغير دليل ومعنى الاستحسان عند مالك هو جمع بين الادلة المتعارضة واذا كان ذلك كذلك فليس هو قول بغير دليل والجمهور على أنه لا يجوز للرهن بيع الراهن ولا هبته وأنه ان باعه فللمرتهن الاجازة أو الفسخ قال مالك وان زعم أن اجازته ليتعجل حقه حلف على ذلك وكان له وقال

قوم يجوز بيعه وإذا كان الرهن غلاما أو أمة فأعتقها الراهن غلاما أو أمة فأعتقها
الراهن فعند مالك انه ان كان الراهن موسرا جاز عتقه وعجل للمرتهن حقه وان كان
معسرا بيعت وقضي الحق من ثمنها وعند الشافعي ثلاثة أقوال الرد والاجازة والثالث
مثل قول مالك وأما اختلاف الراهن والمرتهن في قدر الحق الذي به وجب الرهن
فان الفقهاء اختلفوا في ذلك فقال مالك القول قول المرتهن فيما ذكره من قدر الحق
مالم تكن قيمة الرهن أقل من ذلك فما زاد على قيمة الرهن فالقول قول الراهن
فالقول قول الراهن وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجمهور فقهاء الأمصار
القول في قدر الحق قول الراهن وعمدة الجمهور أن الراهن مدعى عليه والمرتهن
مدع فوجب أن تكون اليمين على الراهن على ظاهر السنة المشهورة وعمدة مالك
ههنا ان المرتهن وان كان مدعيا فله ههنا شبهة بنقل اليمين الى حيزه وهو كون الرهن
شاهدا له ومن أصوله أن يحلف أقوى المتداعيين شبهة وهذا لا يلزم عند الجمهور
لأنه قد يرهن الراهن الشئ وقيمته أكثر من المرهون فيه وأما اذا تلف الرهن
واختلفوا في صفته فالقول ههنا عند مالك قول المرتهن لأنه مدعى عليه وهو مقر
ببعض ما ادعى عليه وهذا على أصوله فان المرتهن أيضا هو الضامن فيما يغاب عليه
وأما على أصول الشافعي فلا يتصور على المرتهن يمين الا أن ينكر الراهن في اتلافه
وأما عند أبي حنيفة فالقول قول المرتهن في قيمة الرهن وليس يحتاج الى صفة لأن
عند مالك يحلف على الصفة وتقوم تلك الصفة واذا اختلفوا في الامرين جميعا أعني
في صفة الرهن وفي مقدار الرهن كان القول قول المرتهن في صفة الرهن وفي الحق
ما كانت قيمته الصفة التي حلف عليها شاهدة له وفيه ضعف وهل يشهد الحق لقيمة
الرهن اذا اتفقا في الحق واختلفا في قيمة الرهن في المذهب فيه قولان والاقيس
الشهادة لانه اذا شهد الرهن للدين شهد الدين للرهون وفروع هذا الباب كثيرة
وفيما ذكرناه كفاية في غرضنا

﴿بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما﴾

(كتاب الحجر)

والنظر في هذا الباب في ثلاثة أبواب الباب الأول في أصناف المحجورين الثاني

متى يخرجون من الحجر ومتى يحجر عليهم و بأى شروط يخرجون الثالث فى معرفة أحكام أفعالهم فى الرد والاجازة

(الباب الاول)

أجمع العلماء على وجوب الحجر على الايتام الذين لم يبلغوا الحلم لقوله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح) الآية واختلفوا فى الحجر على العقلاء الكبار اذا ظهر منهم تبذير لاموالهم فذهب مالك والشافعي وأهل المدينة وكثير من أهل العراق الى جواز ابتداء الحجر عليهم بحكم الحاكم وذلك اذا ثبت عنده سفههم وأعذر اليهم فلم يكن عندهم مدفع وهو رأى ابن عباس وابن الزبير وذهب أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق الى أنه لا يبتدأ الحجر على الكبار وهو قول ابراهيم وابن سيرين وهؤلاء انقسموا قسمين فنهم من قال الحجر لا يجوز عليهم بعد البلوغ بحال وان ظهر منهم التبذير ومنهم من قال ان استصحبوا التبذير من الصغر يستمر الحجر عليهم وان ظهر منهم رشد بعد البلوغ ثم ظهر منهم سفه فهؤلاء لا يبدأ بالحجر عليهم وأبو حنيفة يحد فى ارتفاع الحجر وان ظهر سفهه خمسة وعشرين عاما وعمدة من أوجب على الكبار ابتداء الحجر أن الحجر على الصغار انما وجب لمعنى التبذير الذى يوجد فيهم غالبا فوجب أن يجب الحجر على من وجد فيه هذا المعنى وان لم يكن صغيرا قالوا ولذلك اشترط فى رفع الحجر عنهم مع ارتفاع الصغر ايناس الرشد قال الله تعالى (فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) فدل هذا على أن السبب المقتضى للحجر هو السفه وعمدة الحنفية حديث حبان بن منقذ اذ ذكر فيه لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخدع فى البيوع فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار ثلاثا ولم يحجر عليه وربما قالوا الصغر هو المؤثر فى منع التصرف بالمال بدليل تأثيره فى اسقاط التكليف وانما اعتبر الصغر لانه الذى يوجد فيه السفه غالبا كما يوجد فيه نقص العقل غالبا ولذلك جعل البلوغ علامة وجوب التكليف وعلامة الرشد اذ كانا يوجدان فيه غالبا أعنى العقل والرشد وكما لم يعتبر النادر فى التكليف أعنى أن يكون قبل البلوغ عاقلا فيكلف كذلك لم يعتبر النادر فى السفه وهو أن يكون بعد البلوغ سفيها فيحجر عليه كما لم يعتبر كونه قبل البلوغ رشيدا قالوا وقوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) الآية

ليس فيها أكثر من منعهم من أموالهم وذلك لا يوجب فسخ بيوعهم وابطالها والمحجورون عند مالك ستة الصغير والسفيه والعبد والمفلس والمريض والزوجة وسيأتى ذكر كل واحد منهم فى بابه

(الباب الثانى)

والنظر فى هذا الباب فى موضعين فى وقت خروج الصغار من الحجر ووقت خروج السفهاء فنقول ان الصغار بالجملة صنفان ذكور واناث وكل واحد من هؤلاء اماذو أب واماذو وصى واما مهمل وهم الذين يبلغون ولا وصى لهم ولا أب فأما الذكور الصغار ذوو الآباء فاتفقوا على أنهم لا يخرجون من الحجر الا ببلوغ سن التكليف وايناس الرشد منهم وان كانوا قد اختلفوا فى الرشد ماهو وذلك لقوله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) واختلفوا فى الاناث فذهب الجمهور الى أن حكمهن فى ذلك حكم الذكور أعنى بلوغ المحيض وايناس الرشد وقال مالك هى فى ولاية أبيها فى المشهور عنه حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ويؤنس رشدها وروى عنه مثل قول الجمهور ولاصحاب مالك فى هذا أقوال غير هذه قيل انها فى ولاية أبيها حتى تمر بها سنة بعد دخول زوجها بها وقيل حتى يمر بها عامان وقيل حتى تمر بها سبعة أعوام وحجة مالك أن ايناس الرشد لا يتصوّر من المرأة الا بعد اختبار الرجال وأما أقاويل أصحابه فضعيفة مخالفة للنص والقياس أما مخالفتها للنص فانهم لم يشترطوا الرشد وأما مخالفتها للقياس فلان الرشد ممكن تصوره منها قبل هذه المدة المحددة واذا قلنا على قول مالك لا على قول الجهور ان الاعتبار فى الذكور ذوى الآباء البلوغ وايناس الرشد فاختلف قول مالك اذا بلغ ولم يعلم سفهه من رشده وكان مجهول الحال فقيل عنه انه محمول على السفه حتى يتبين رشده وهو المشهور وقيل عنه انه محمول على الرشد حتى يتبين سفهه فأماذو والاوصياء فلا يخرجون من الولاية فى المشهور عن مالك الا باطلاق وصيه له من الحجر أى يقول فيه انه رشيد ان كان مقدما من قبل الاب بلا خلاف أو باذن القاضى مع الوصى ان كان مقدما من غير الاب على اختلاف فى ذلك وقد قيل فى وصى الاب أنه لا يقبل قوله فى أنه رشيد الا حتى يعلم رشده وقد قيل ان حاله مع الوصى كحاله مع الأب يخرجه من الحجر اذا آنس منه الرشد

وان لم يخرجه وصيه بالاشهاد وان المجهول الحال فى هذا حكمه حكم المجهول الحال ذى الاب وأما ابن القاسم فمذهبه ان الولاية غير معتبر ثبوتها اذا علم الرشد ولا سقوطها اذا علم السفه وهى رواية عن مالك وذلك من قوله فى اليتيم لا فى البكر والفرق بين المذهبين ان من يعتبر الولاية يقول أفعاله كلها مردودة وان ظهر رشده حتى يخرج من الولاية وهو قول ضعيف فان المؤثر هو الرشد لا حكم الحاكم وأما اختلافهم فى الرشد ما هو فان مالكا يرى أن الرشد هو تثمير المال واصلاحه فقط والشافعى يشترط مع هذا اصلاح الدين وسبب اختلافهم هل ينطلق اسم الرشد على غير صالح الدين وحال البكر مع الوصى كحال الذكر لا تخرج من الولاية الا بالاخراج مالم تعنس على اختلاف فى ذلك وقيل حالها مع الوصى كحالها مع الاب وهو قول ابن الماجشون ولم يختلف قولهم انه لا يعتبر فيها الرشد كاختلافهم فى اليتيم وأما المهمل من الذكور فان المشهور ان أفعاله جائزة اذا بلغ الحلم كان سفيها متصل السفه أو غير متصل السفه معلنا به أو غير معلن وأما ابن القاسم فيعتبر نفس فعله اذا وقع فان كان رشدا جاز والا رده فأما اليتيمة التى لا أب لها ولا وصى فان فيها فى المذهب قولين أحدهما أن أفعالها جائزة اذا بلغت المحيض والثانى أن أفعالها مردودة مالم تعنس وهو المشهور

(الباب الثالث)

والنظر فى هذا الباب فى شيئين أحدهما ما يجوز لصنف صنف من المحجورين من الافعال واذا فعلوا فكيف حكم أفعالهم فى الرد والاجازة وكذلك أفعال المهملين وهم الذين بلغوا الحلم من غير أب ولا وصى وهؤلاء كما قلنا اما صغار واما كبار متصلو الحجر من الصغر واما مبتدأ حجرهم فأما الصغار الذين لم يبلغوا الحلم من الرجال ولا المحيض من النساء فلا خلاف فى المذهب فى أنه لا يجوز له فى ماله معروف من هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق وان أذن له الاب فى ذلك أو الوصى فان أخرج من يده شيأ بغير عوض كان موقوفا على نظر وليه ان كان له ولى فان رآه رشدا أجازه والا أبطله وان لم يكن له ولى قدم له ولى ينظر فى ذلك وان عمل فى ذلك حتى يلى أمره كان النظر اليه فى الاجازة أو الرد واختلف اذا كان فعله سدادا ونظرا فيما كان يلزم الولى أن يفعله هل له أن ينقضه اذا آل الامر الى خلاف بحوالة الاسواق أو نماء فيما باعه

أو نقصان فيما ابتاعه فالمشهور ان ذلك له وقيل ان ذلك ليس له و يلزم الصغير ما أفسد فى ماله مما لم يؤتمن عليه واختلف فيما أفسد وكسر مما اؤتمن عليه ولا يلزمه بعد بلوغه ورشده عتق ما حلف بحريته فى صغره وحنث به فى صغره واختلف فيما حنث فيه فى كبره وحلف به فى صغره فالمشهور أنه لا يلزمه وقال ابن كنانة يلزمه ولا يلزمه فيما دعى عليه يمين واختلف اذا كان له شاهد واحد هل يحلف معه فالمشهور أنه لا يحلف وروى عن مالك والليث أنه يحلف وحال البكر ذات الاب والوصى كالذكر امالم تعنس على مذهب من يعتبر تعنيسها فأما السفيه البالغ فجمهور العلماء على أن المحجور اذا طلق زوجته أو خالعها مضى طلاقه وخلعه الا ابن أبى ليلى وأبا يوسف وخالف ابن أبى ليلى فى العتق فقال انه ينفذ وقال الجمهور انه لا ينفذ وأما وصيته فلا أعلم خلافا فى نفوذها ولا تلزمه هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق ولا شئ من المعروف الا أن يعتق أم ولده فيلزمه عتقها وهذا كله فى المذهب وهل يتبعها مالها فيه خلاف قيل يتبع وقيل لا يتبع وقيل بالفرق بين القليل والكثير وأما ما يفعله بعوض فهو أيضا موقوف على نظر وليه ان كان له ولى فان لم يكن له ولى قدم له ولى فان رد بيعه الولى وكان قد أتلف الثمن لم يتبع من ذلك بشئ وكذلك ان أتلف عين المبيع * وأما أحكام أفعال المحجورين أو المهملين على مذهب مالك فانها تنقسم الى أربعة أحوال فنهم من تكون أفعاله كلها مردودة وان كان فيها ما هو رشد ومنهم ضد هذا وهو أن تكون أفعاله كلها محمولة على الرشد وان ظهر فيها ما هو سفه ومنهم من تكون أفعاله كلها محمودة على السفه مالم يتبين رشده وعكس هذا أيضا وهو أن تكون أفعاله كلها محمولة على الرشد حتى يتبين سفهه فأما الذى يحكم له بالسفه وان ظهر رشده فهو الصغير الذى لم يبلغ والبكر ذات الاب والوصى مالم تعنس على مذهب من يعتبر التعنيس واختلف فى حده اختلافا كثيرا من دون الثلاثين الى الستين والذى يحكم له بحكم الرشد وان علم سفهه فنها السفيه اذا لم تثبت عليه ولاية من قبل أبيه ولا من قبل السلطان على مشهور مذهب مالك خلافا لابن القاسم الذى يعتبر نفس الرشد لا نفس الولاية والبكر اليتيمة المهملة على مذهب سحنون وأما الذى يحكم عليه بحكم السفه مالم يظهر رشده فالابن بعد بلوغه فى حياة أبيه على المشهور فى المذهب

وحال البكر ذات الاب التى لا وصى لها اذا تزوجت ودخل بها زوجها ما لم يظهر رشدها وما لم تبلغ الحد المعتبر فى ذلك من السنين عند من يعتبر ذلك وكذلك اليتيمة التى لا وصى لها على مذهب من يرى ان أفعالها مردودة وأما الحال التى يحكم فيها برشد حتى يتبين السفه فمنها حال البكر المعنس عند من يعتبر التعنيس أو التى دخل بها زوجها ومضى لدخوله الحد المعتبر من السنين عند من يعتبر الحد وكذلك حال الابن ذى الاب اذا بلغ وجهلت حاله على احدى الروايتين والابنة البكر بعد بلوغها على الرواية التى لا يعتبر فيها دخولها مع زوجها فهذه هى جمل ما فى هذا الكتاب والفروع كثيرة

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب التفليس ﴾

والنظر فى هذا الكتاب فيما هو الفلس وفى أحكام المفلس (فنقول) ان الافلاس فى الشرع يطلق على معنيين أحدهما أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون فى ماله وفاء بديونه والثانى أن لا يكون له مال معلوم أصلا وفى كلا الفلسين قد اختلف العلماء فى أحكامهما فاما الحالة الاولى وهى اذا ظهر عند الحاكم من فلسه ما ذكرنا فاختلف العلماء فى ذلك هل للحاكم أن يحجر عليه التصرف فى ماله حتى يبيعه عليه و يقسمه على الغرماء على نسبة ديونهم أم ليس له ذلك بل يحبسه حتى يدفع اليهم جميع ماله على أى نسبة اتفقت أو لمن اتفق منهم وهذا الخلاف بعينه يتصور فيمن كان له مال يفى بدينه فأبى أن ينصف غرماءه هل يبيع عليه الحاكم فيقسمه عليهم أم يحبسه حتى يعطيهم بيده ما عليه فالجمهور يقولون يبيع الحاكم ماله عليه فينصف منه غرماءه أو غريمه ان كان مليا أو يحكم عليه بالافلاس ان لم يف ماله بديونه و يحجر عليه التصرف فيه و به قال مالك والشافعى و بالقول الآخر قال أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق وحجة مالك والشافعى حديث معاذ بن جبل أنه كثر دينه فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يزد غرماءه على ان جعله لهم من ماله وحديث أبى سعيد الخدرى ان رجلا أصيب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ثمر ابتاعها فكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدقوا عليه فتصدق الناس

عليه فلم يبلغ ذلك وفاء بدينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك وحديث عمر في القضاء على الرجل المفلس في حبسه وقوله فيه أما بعد أيها الناس فان الاسيفع أسيفع جهينة رضي من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج وانه ادان معرضا فأصبح قد رين عليه فمن كان له عليه دين فليأتنا وأيضا من طريق المعنى فانه اذا كان المريض محجورا عليه لمكان ورثته فأحرى أن يكون المدين محجورا عليه لمكان الغرماء وهذا القول هو الاظهر لانه أعدل والله أعلم وأما حجج الفريق الثاني الذين قالوا بالحبس حتى يعطي ما عليه أو يموت محبوسا فيبيع القاضي حينئذ عليه ماله ويقسمه على الغرماء فمنها حديث جابر بن عبد الله حين استشهد أبوه بأحد وعليه دين فلما طلبه الغرماء قال جابر فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فكلمته فسألهم أن يقبلوا مني حائطي ويحللوا أبي فأبوا فلم يعطهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حائطي قال ولكن سأغدو عليك قال فغدا علينا حين أصبح فطاف بالنخل فدعا في ثمرها بالبركة قال فجذذتها فقضيت منها حقوقهم وبقي من ثمرها بقية وبما روي أيضا انه مات أسيد بن الحضير وعليه عشرة آلاف درهم فدعا عمر ابن الخطاب غرماءه فقبلهم أرضه أربع سنين بما لهم عليه قالوا فهذه الآثار كلها ليس فيها انه بيع فيها أصل في دين قالوا ويدل على حبسه قوله صلى الله عليه وسلم لي الواجد يحل عرضه وعقوبته قالوا والعقوبة هي حبسه وربما شبهوا استحقاق أصول العقار عليه باستحقاق اجارته واذا قلنا ان المفلس محجور عليه فالنظر فيما ذا يحجر عليه وبأي ديون تكون المحاصة في ماله وفي أي شيء من ماله تكون المحاصة وكيف تكون فأما المفلس فله حالان حال في وقت الفلس قبل الحجر عليه وحال بعد الحجر فأما قبل الحجر فلا يجوز له اتلاف شيء من ماله عند مالك بغير عوض اذا كان مما لا يلزمه ومما لا تجري العادة بفعله وانما اشترط اذا كان مما لا يلزمه لان له أن يفعل ما يلزمه بالشرع وان لم يكن بعوض كنفقته على الآباء المعسرين أو الابناء وانما قيل مما لم تجر العادة بفعله لان له اتلاف اليسير من ماله بغير عوض كالاضحية والنفقة في العيد والصدقة اليسيرة وكذلك تراعى العادة في انفاقه في عوض كالتزوج والنفقة على الزوجة ويجوز بيعه وابتياعه مالم تكن فيه محاباة وكذلك يجوز اقراره بالدين

لمن لا يتهم عليه واختلف قول مالك فى قضاء بعض غرمائه دون بعض وفى رهنه
وأما جمهور من قال بالحجر على المفلس فقالوا هو قبل الحكم كسائر الناس وانما ذهب
الجمهور لهذا لان الاصل هو جواز الافعال حتى يقع الحجر ومالك كانه اعتبر المعنى نفسه
وهو احاطة الدين بماله لكن لم يعتبره فى كل حال لانه يجوز بيعه وشراؤه اذا لم يكن فيه
محاباة ولا يجوزه للمحجور عليه وأما حاله بعد التفليس فلا يجوز له فيها عند مالك
بيع ولا شراء ولا أخذ ولا اعطاء ولا يجوز اقراره بدين فى ذمته لقريب ولا بعيد
قيل الا أن يكون لواحد منهم بينة وقيل يجوز لمن يعلم منه اليه تقاض واختلف
فى اقراره بمال معين مثل القراض والوديعة على ثلاثة أقوال فى المذهب بالجواز والمنع
والثالث بالفرق بين أن يكون على أصل القراض أو الوديعة بينة أو لا تكون فقيل
ان كانت صدق وان لم تكن لم يصدق واختلفوا من هذا الباب فى ديون المفلس
المؤجلة هل تحل بالتفليس أم لا فذهب مالك الى أن التفليس فى ذلك كالموت وذهب
غيره الى خلاف ذلك وجمهور العلماء على ان الديون تحل بالموت قال ابن شهاب
مضت السنة بان دينه قد حل حين مات وحجتهم ان الله تبارك وتعالى لم يبح التوارث
لا بعد قضاء الدين فالورثة فى ذلك بين أحد أمرين اما أن لا يريدوا ان يؤخروا
حقوقهم فى المواريث الى محل أجل الدين فيلزم ان يجعل الدين حالا واما أن يرضوا
بتأخير ميراثهم حتى تحل الديون فتكون الديون حينئذ مضمونة فى التركة خاصة لا فى
ذممهم بخلاف ما كان عليه الدين قبل الموت لانه كان فى ذمة الميت وذلك يحسن فى حق
ذى الدين ولذلك رأى بعضهم انه ان رضى الغرماء بتحمله فى ذممهم أبقيت الديون الى
أجلها وممن قال بهذا القول ابن سيرين واختاره أبو عبيد من فقهاء الامصار لكن
لا يشبه الفلس فى هذا المعنى الموت كل الشبه وان كانت كلا الذمتين قد خربت فان
ذمة المفلس يرجى لها بخلاف ذمة الميت وأما النظر فيما يرجع به أصحاب الديون
من مال المفلس فان ذلك يرجع الى الجنس والقدر اما ما كان قد ذهب عين
العوض الذى استوجب من قبله الغريم على المفلس فان دينه فى ذمة المفلس واما اذا
كان عين العوض باقيا بعينه لم يفت الا انه لم يقبض ثمنه فاختلف فى ذلك فقهاء
الامصار على أربعة أقوال الاول ان صاحب السلعة أحق بها على كل حال الا ان يتركها

ويختار المحاصة و به قال الشافعى وأحمد وأبوثور والقول الثانى ينظر الى قيمة السلعة يوم الحكم بالتفليس فان كانت أقل من الثمن خير صاحب السلعة بين أن يأخذها أو يحاص الغرماء وان كانت أكثر أو مساوية للثمن أخذها بعينها و به قال مالك وأصحابه والقول الثالث تقوم السلعة يوم التفليس فان كانت قيمتها مساوية للثمن أو أقل منه قضى له بها أعنى للبائع وان كانت أكثر دفع اليه مقدار ثمنه ويتحاصون فى الباقى و بهذا القول قال جماعة من أهل الاثر والقول الرابع انه اسوة الغرماء فيها على كل حال وهو قول أبى حنيفة وأهل الكوفة والاصل فى هذه المسئلة ماثبت من حديث أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أفلس فادرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره وهذا الحديث خرجه مالك والبخارى ومسلم وألفاظهم متقاربة وهذا اللفظ لمالك فمن هؤلاء من حمله على عمومه وهو الفريق الاول ومنهم من خصصه بالقياس وقالوا ان معقوله انما هو الرفق بصاحب السلعة لكون سلعته باقية وأكثر ما فى ذلك ان يأخذ الثمن الذى باعها به فاما ان يعطى فى هذه الحال الذى اشترك فيها مع الغرماء أكثر من ثمنها فذلك مخالف لاصول الشرع وبخاصة اذا كان للغرماء أخذها بالثمن كما قال مالك وأما أهل الكوفة فردوا هذا الحديث بجملته لمخالفته للاصول المتواترة على طريقتهم فى رد خبر الواحد اذا خالف الاصول المتواترة لكون خبر الواحد مظنونا والاصول يقينية مقطوع بها كما قال عمر فى حديث فاطمة بنت قيس ما كنا لندع كتاب الله وسنة نبينا لحديث امرأة ورووا عن على انه قضى بالسلعة للمفلس وهو رأى ابن سيرين وابراهيم من التابعين وربما احتجوا بان حديث أبى هريرة مختلف فيه وذلك أن الزهرى روى عن أبى بكر بن عبد الرحمن عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل مات أو أفلس فوجد بعض غرمائه ماله بعينه فهو اسوة الغرماء وهذا الحديث أولى لانه موافق للاصول الثابتة قالوا وللجمع بين الحديثين وجه وهو حمل ذلك الحديث على الوديعة والعارية الا أن الجمهور دفعوا هذا التأويل بما ورد فى لفظ حديث أبى هريرة فى بعض الروايات من ذكر البيع وهذا كله عند الجميع بعد قبض المشترى السلعة فأما قبل القبض فالعلماء متفقون أهل الحجاز وأهل العراق

أن صاحب السلعة أحق بها الا أنها فى ضمانه واختلف القائلون بهذا الحديث اذا قبض البائع بعض الثمن فقال مالك ان شاء أن يرد ما قبض و يأخذ السلعة كلها وان شاء حاص الغرماء فيما بقى من سلعته وقال الشافعى بل يأخذ ما بقى من سلعته بما بقى من الثمن وقالت جماعة من أهل العلم داود واسحق وأحمد ان قبض من الثمن شيأ فهو اسوة الغرماء وحجتهم ما روى مالك عن ابن شهاب عن أبى بكر بن عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل باع متاعا فأفلس الذى ابتاعه ولم يقبض الذى باعه شيأ فوجده بعينه فهو أحق به وان مات الذى ابتاعه فصاحب المتاع اسوة الغرماء وهو حديث وان أرسله مالك فقد أسنده عبد الرزاق وقد روى من طريق الزهرى عن أبى هريرة فيه زيادة بيان وهو قوله فيه فان كان قبض من ثمنه شيأ فهو اسوة الغرماء ذكره أبو عبيد فى كتابه فى الفقه وخرجه وحجة الشافعى ان كل السلعة أو بعضها فى الحكم واحد ولم يختلفوا أنه اذا فوت المشترى بعضها ان البائع أحق بالمقدار الذى أدرك من سلعته الا عطاء فانه قال اذا فوت المشترى بعضها كان البائع اسوة الغرماء واختلف الشافعى ومالك فى الموت هل حكمه حكم الفلس ام لا فقال مالك هو فى الموت اسوة الغرماء بخلاف الفلس وقال الشافعى الامر فى ذلك واحد وعمدة مالك ما رواه عن ابن شهاب عن أبى بكر وهو نص فى ذلك وأيضا من جهة النظر ان فرقا بين الذمة فى الفلس والموت وذلك أن الفلس ممكن أن تثرى حاله فيتبعه غرماؤه بما بقى عليه وذلك غير متصور فى الموت وأما الشافعى فعمدته ما رواه ابن أبى ذئب بسنده عن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق به فسوى فى هذه الرواية بين الموت والفلس قال وحديث ابن أبى ذئب أولى من حديث ابن شهاب لان حديث ابن شهاب مرسل وهذا مسند ومن طريق المعنى فهو مال لا تصرف فيه لمالكه الا بعد أداء ما عليه فأشبه مال المفلس وقياس مالك أقوى من قياس الشافعى وترجيح حديثه على حديث ابن أبى ذئب من جهة أن موافقة القياس له أقوى وذلك ان ما وافق من الاحاديث المتعارضة قياس المعنى فهو أقوى مما وافقه قياس الشبه أعنى أن القياس الموافق لحديث الشافعى هو قياس شبه والموافق لحديث

مالك قياس معنى ومرسل مالك خرجه عبد الرزاق فسبب الخلاف تعارض الآثار فى هذا المعنى والمقاييس وأيضا فان الاصل يشهد لقول مالك فى الموت أعنى ان من باع شيأ فليس يرجع اليه فمالك رحمه الله أقوى فى هذه المسئلة والشافعى انما ضعف عنده فيها قول مالك لما روى من المسند والمرسل عنده لا يجب العمل به واختلف مالك والشافعى فيمن وجد سلعته بعينها عند المفلس وقد أحدث زيادة مثل ان تكون أرضا يغرسها أو عرصة يبنيها فقال مالك العمل الزائد فيها هو فوت ويرجع صاحب السلعة شريك الغرماء وقال الشافعى بل يخير البائع بين ان يعطى قيمة ما أحدث المشترى فى سلعته ويأخذها أو أن يأخذ أصل السلعة ويحاص الغرماء فى الزيادة وما يكون فوتا مما لا يكون فوتا فى مذهب مالك منصوص فى كتبه المشهورة وتحصيل مذهب مالك فيما يكون الغريم به أحق من سائر الغرماء فى الموت والفلس أو فى الفلس دون الموت أن الاشياء المبيعة بالدين تنقسم فى التفليس ثلاثة أقسام عرض يتعين وعين اختلف فيه هل يتعين فيه أم لا وعمل لا يتعين فاما العرض فان كان فى يد بائعه لم يسلمه حتى أفلس المشترى فهو أحق به فى الموت والفلس وهذا ما لا خلاف فيه وان كان قد دفعه الى المشترى ثم أفلس وهو قائم بيده فهو أحق به من الغرماء فى الفلس دون الموت ولهم عنده ان يأخذوا سلعته بالثمن وقال الشافعى ليس لهم وقال أشهب لا يأخذونها الا بزيادة يحطونها عن المفلس وقال ابن الماجشون ان شاؤا كان الثمن من أموالهم أو من مال الغريم وقال ابن كنانة بل يكون من أموالهم وأما العين فهو أحق بها فى الموت أيضا والفلس ما كان بيده واختلف اذا دفعه الى بائعه فيه ففلس أو مات وهو قائم بيده يعرف بعينه فقيل انه أحق به كالعروض فى الفلس دون الموت وهو قول ابن القاسم وقيل انه لا سبيل له عليه وهو اسوة الغرماء وهو قول أشهب والقولان جاريان على الاختلاف فى تعيين العين وأما ان لم يعرف بعينه فهو اسوة الغرماء فى الموت والفلس وأما العمل الذى لا يتعين فان أفلس المستأجر قبل أن يستوفى عمل الاجير كان الاجير أحق بما عمله فى الموت والفلس جميعا كالسلعة اذا كانت بيد البائع فى وقت الفلس وان كان فلسه بعد ان استوفى عمل الاجير فالاجير اسوة الغرماء باجرته التى شارطه عليها فى الفلس والموت جميعا على أظهر الاقوال الا أن تكون بيده السلعة التى استؤجر

على عملها فيكون أحق بذلك فى الموت والفلس جميعا لانه كالرهن بيده فان أسلمه كان اسوة الغرماء بعمله الا أن يكون له فيه شئ أخرجه فيكون أحق به فى الفلس دون الموت وكذلك الامر عنده فى فلس مكترى الدواب ان استكرى أحق بما عليه من المتاع فى الموت والفلس جميعا وكذلك مكترى السفينة وهذا كله شبهه مالك بالرهن وبالجملة فلا خلاف فى مذهبه أن البائع أحق بما فى يديه فى الموت والفلس وأحق بسلعته القائمة الخارجة عن يده فى الفلس دون الموت وانه اسوة الغرماء فى سلعته اذا فاتت وعندما يشبه حال الاجير عند أصحاب مالك وبالجملة البائع منفعة بالبائع الرقبة فمرة يشبهون المنفعة التى عمل بالسلعة التى لم يقبضها المشترى فيقولون هو أحق بها فى الموت والفلس ومرة يشبهونه بالتى خرجت من يده ولم يمت فيقولون هو أحق بها فى الفلس دون الموت ومرة يشبهون ذلك بالموت الذى فات فيه فيقولون هو اسوة الغرماء ومثال ذلك اختلافهم فيمن استؤجر على سقى حائط فسقاه حتى أثمر الحائط ثم أفلس المستأجر فانهم قالوا فيه الثلاثة الاقوال وتشبيه بيع المنافع فى هذا الباب ببيع الرقاب هو شئ فيما أحسب انفرد به مالك دون فقهاء الامصار وهو ضعيف لان قياس الشبه المأخوذ من الموضع المفارق للاصول يضعف ولذلك ضعف عند قوم القياس على موضع الرخص ولكن انقدح هنالك قياس علة فهو أقوى واهل المالكية تدعى وجود هذا المعنى فى هذا القياس لكن هذا كله ليس يليق بهذا المختصر ومن هذا الباب اختلافهم فى العبد المفلس المأذون له فى التجارة هل يتبع بالدين فى رقبته أم لا فذهب مالك وأهل الحجاز الى أنه انما يتبع بما فى يده لا فى رقبته ثم ان أعتق اتبع بما بقى عليه ورأى قوم انه يباع ورأى قوم أن الغرماء يخيرون بين بيعه وبين ان يسعى فيما بقى عليه من الدين وبه قال شريح وقالت طائفة بل يلزم سيده ما عليه وان لم يشترطه فالذين لم يروا بيع رقبته قالوا انما عامل الناس على ما فى يده فأشبه الحر والذين رأوا بيعه شبهوا ذلك بالجنايات التى يجنى وأما الذين رأوا الرجوع على السيد بما عليه من الدين فانهم شبهوا ماله بمال السيد اذ كان له انتزاعه فسبب الخلاف هو تعارض أقيسة الشبه فى هذه المسئلة ومن هذا المعنى اذا أفلس العبد والمولى معا باى يبدأ هل بدين العبد أم بدين المولى فالجمهور يقولون بدين العبد لان

الذين داينوا العبد انما فعلوا ذلك ثقة بما رأوا عند العبد من المال والذين داينوا المولى لم يعتدوا بمال العبد ومن رأى البدء بالمولى قال لان مال العبد هو فى الحقيقة للمولى فسبب الخلاف تردد مال العبد بين أن يكون حكمه حكم مال الاجنبي أو حكم مال السيد وأما قدر ما يترك للمفلس من ماله فقيل فى المذهب يترك له ما يعيش به هو وأهله وولده الصغار الايام وقال فى الواضحة والعتبية الشهر ونحوه ويترك له كسوة مثله وتوقف مالك فى كسوة زوجته لكونها هل تجب لها بعوض مقبوض وهو الانتفاع بها أو بغير عوض وقال سحنون لا يترك له كسوة زوجته وروى ابن نافع عن مالك انه لا يترك له الا ما يواريه وبه قال ابن كنانة واختلفوا فى بيع كتب العلم عليه على قولين وهذا مبنى على كراهية بيع كتب الفقه أولا كراهية ذلك وأما معرفة الديون التى يحاص بها من الديون التى لا يحاص بها على مذهب مالك فانها تنقسم أولا الى قسمين أحدهما أن تكون واجبة عن عوض والثانى أن تكون واجبة من غير عوض فاما الواجبة عن عوض فانها تنقسم الى عوض مقبوض والى عوض غير مقبوض فاما ما كانت عن عوض مقبوض وسواء كانت مالا أو أرش جناية فلا خلاف فى المذهب ان محاصة الغرماء بها واجبة وأما ما كان عن عوض غير مقبوض فان ذلك ينقسم خمسة أقسام أحدها ان لا يمكنه دفع العوض بحال كنفقة الزوجات لما يأتى من المدة والثانى ان لا يمكنه دفع العوض ولكن يمكنه دفع ما يستوفى فيه مثل أن يكترى الرجل الدار بالنقد أو يكون العرف فيه النقد ففلس المكترى قبل أن يسكن أو بعد ما سكن بعض السكنى وقبل أن يدفع الكراء والثالث أن يكون دفع العوض يمكنه ويلزمه كرأس مال السلم اذا أفلس المسلم اليه قبل دفع رأس المال والرابع أن يكون يمكنه دفع العوض ولا يلزمه مثل السلعة اذا باعها ففلس المبتاع قبل أن يدفعها اليه البائع والخامس أن لا يكون اليه تعجيل دفع العوض مثل ان يسلم الرجل الى الرجل دنانير فى عروض الى أجل فيفلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال وقبل أن يحل أجل السلم فاما الذى لا يمكنه دفع العوض بحال فلا محاصة فى ذلك الا فى مهور الزوجات اذا فلس الزوج قبل الدخول وأما الذى لا يمكنه دفع العوض ويمكنه دفع ما يستوفى منه مثل المكترى يفلس قبل دفع الكراء

فقيل للمكرى المحاصة بجميع الثمن واسلام الدار للغرماء وقيل ليس له الا المحاصة بما سكن و يأخذ داره وان كان لم يسكن فليس له الا أخذ داره واما ما يمكنه دفع العوض و يلزمه وهو اذا كان العوض عينا فقيل يحاص به الغرماء فى الواجب له بالعوض و يدفعه فقيل هو أحق به وعلى هذا لا يلزمه دفع العوض واما ما يمكنه دفع العوض ولا يلزمه فهو بالخيار بين المحاصة والامساك وذلك هو اذا كان العوض عينا واما اذا لم يكن اليه تعجيل العوض مثل أن يفلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال وقبل أن يحل أجل السلم فان رضى المسلم اليه أن يعجل العروض و يحاصص الغرماء برأس مال السلم فذلك جائز ان رضى بذلك الغرماء فان أبى ذلك أحد الغرماء حاص الغرماء برأس المال الواجب له فيما وجد للغريم من مال وفى العروض التى عليه اذا حلت لانها من مال المفلس وان شاؤا أن يبيعوها بالنقد و يتحاصوا فيها كان ذلك لهم وأما ما كان من الحقوق الواجبة عن غير عوض فان ما كان منها غير واجب بالشرع بل بالالتزام كالهبات والصدقات فلا محاصة فيها وأما ما كان منها واجبا بالشرع كنفقة الآباء والأبناء ففيها قولان أحدهما ان المحاصة لا تجب بها وهو قول ابن القاسم والثانى انها تجب بها اذا لزمت بحكم من السلطان وهو قول أشهب وأما النظر الخامس وهو معرفة وجه التحاص فان الحكم فى ذلك أن يصرف مال الغريم من جنس ديون الغرماء وسواء كان مال الغرماء من جنس واحد أو من أجناس مختلفة اذ كان لا يقتضى فى الديون الا ما هو من جنس الدين الا أن يتفقوا من ذلك على شئ يجوز واختلفوا من هذا الباب فى فرع طارئ وهو اذا هلك مال المحجور عليه بعد الحجر وقبل قبض الغرماء ممن مصيبته فقال أشهب مصيبته من المفلس وقال ابن الماجشون مصيبته من الغرماء اذا وقفه السلطان وقال ابن القاسم ما يحتاج الى بيعه فضمانه من الغريم لانه انما يباع على ملكه وما لا يحتاج الى بيعه فضمانه من الغرماء مثل ان يكون المال عينا والدين عينا وكلهم روى قوله عن مالك وفرق أصبغ بين الموت والفلس فقال المصيبة فى الموت من الغرماء وفى الفلس من المفلس فهذا هو القول فى أصول أحكام المفلس الذى له من المال ما لا يفى بديونه وأما المفلس الذى لا مال له أصلا فان فقهاء الأمصار مجمعون على أن العدم له تأثير فى اسقاط الدين الى وقت ميسرته

الا ما حكى عن عمر بن عبد العزيز ان لهم ان يؤاجروه وقال به أحد من فقهاء الامصار وكلهم مجمعون على أن المدين اذا ادعى الفلس ولم يعلم صدقه انه يحبس حتى يتبين صدقه أو يقر له بذلك صاحب الدين فاذا كان ذلك خلى سبيله وحكى عن أبى حنيفة ان لغرمائه ان يدوروا معه حيث دار وانما صار الكل الى القول بالحبس فى الديون وان كان لم يأت فى ذلك أثر صحيح لان ذلك أمر ضرورى فى استيفاء الناس حقوقهم بعضهم من بعض وهذا دليل على القول بالقياس الذى يقتضى المصلحة وهو الذى يسمى بالقياس المرسل وقد روى أن النبى عليه الصلاة والسلام حبس رجلا فى تهمة خرجه فيما أحسب أبو داود والمحجورون عند مالك السفهاء والمفلسون والعبيد والمرضى والزوجة فيما فوق الثلث لانه يرى أن للزوج حقا فى المال وخالفه فى ذلك الأكثر وهذا القدر كاف بحسب غرضنا فى هذا الكتاب

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الصلح ﴾

والأصل فى هذا الكتاب قوله تعالى (والصلح خير) وماروى عن النبى عليه السلام مرفوعا وموقوفا على عمر امضاء الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا واتفق المسلمون على جوازه على الاقرار واختلفوا فى جوازه على الانكار فقال مالك وأبو حنيفة يجوز على الانكار وقال الشافعى لا يجوز على الانكار لانه من أكل المال بالباطل من غير عوض والمالكية تقول فيه عوض وهو سقوط الخصومة واندفاع اليمين عنه ولا خلاف فى مذهب مالك أن الصلح الذى يقع على الاقرار يراعى فى صحته مايراعى فى البيوع فيفسد بما تفسد به البيوع من أنواع الفساد الخاص بالبيوع ويصح بصحته وهذا هو مثل ان يدعى انسان على آخر دراهم فيصالحه عليها بعد الاقرار بدنانير نسيئة وما أشبه هذا من البيوع الفاسدة من قبل الربا والغرر وأما الصلح على الانكار فالمشهور فيه عن مالك وأصحابه أنه يراعى فيه من الصحة مايراعى فى البيوع مثل ان يدعى انسان على آخر دراهم فينكر ثم يصالحه عليها بدنانير مؤجلة فهذا لا يجوز عند مالك وأصحابه

وقال أصبغ هو جائز لأن المكروه فيه من الطرف الواحد وهو من جهة الطالب لأنه يعترف أنه أخذ دنانير نسيئة فى دراهم حلت له وأما الدافع فيقول هى هبة منى وأما ان ارتفع المكروه من الطرفين مثل أن يدعى كل واحد منهما على صاحبه دنانير أو دراهم فينكر كل واحد منهما صاحبه ثم يصطلحان على أن يؤخر كل واحد منهما صاحبه فيما يدعيه قبله الى أجل فهذا عندهم هو مكروه أما كراهيته فخافة أن يكون كل واحد منهما صادقا فيكون كل واحد منهما قد أنظر صاحبه لانظار الآخر اياه فيدخله أسلفنى وأسلفك وأما وجه جوازه فلان كل واحد منهما انما يقول مافعلت انما هو تبرع منى وما كان يجب على شئ وهذا النحو من البيوع قيل انه يجوز اذا وقع وقال ابن الماجشون يفسخ اذا وقع عليه اثر عقده فان طال مضى فالصلح الذى يقع فيه مما لا يجوز فى البيوع هو فى مذهب مالك على ثلاثة أقسام صلح يفسخ باتفاق وصلح يفسخ باختلاف وصلح لا يفسخ باتفاق ان طال وان لم يطل فيه اختلاف

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

(كتاب الكفالة)

واختلف العلماء فى نوعها وفى وقتها وفى الحكم اللازم عنها وفى شروطها وفى صفة لزومها وفى محلها ولها أسماء كفالة وحمالة وضمانة وزعامة فأما أنواعها فنوعان حمالة بالنفس وحمالة بالمال أما الحمالة بالمال فثابتة بالسنة ومجمع عليها من الصدر الأول ومن فقهاء الأمصار وحكى عن قوم أنها ليست لازمة تشبيها بالعدة وهو شاذ والسنة التى صار اليها الجمهور فى ذلك هو قوله عليه السلام الزعيم غارم وأما الحمالة بالنفس وهى التى تعرف بضمان الوجه فجمهور فقهاء الأمصار على جواز وقوعها شرعا اذا كانت بسبب المال وحكى عن الشافعى فى الجديد انها لاتجوز به قال داود وحجتهما قوله تعالى (معاذ الله أن نأخذ الا من وجدنا متاعنا عنده) ولانها كفالة بنفس فاشبهت الكفالة فى الحدود وحجة من أجازها عموم قوله عليه السلام الزعيم غارم وتعلقوا ابان فى ذلك مصلحة وأنه مروى عن الصدر الأول وأما الحكم اللازم عنها فجمهور القائلين بحمالة النفس متفقون على أن المتحمل عنه اذا مات لم يلزم الكفيل

بالوجه شئ وحكى عن بعضهم لزوم ذلك وفرق ابن القاسم بين أن يموت الرجل حاضراً أو غائباً فقال ان مات حاضراً لم يلزم الكفيل شئ وان مات غائباً نظر فان كانت المسافة التى بين البلدين مسافة يمكن الحميل فيها احضاره فى الأجل المضروب له فى احضاره وذلك نحو اليومين الى الثلاثة ففرط غرم والا لم يغرم واختلفوا اذا غاب المتحمل عنه ما حكم الحميل بالوجه على ثلاثة أقوال القول الأوّل أنه يلزمه أن يحضره أو يغرم وهو قول مالك وأصحابه وأهل المدينة والقول الثانى أنه يحبس الحميل الى أن يأتى به أو يعلم موته وهو قول أبى حنيفة وأهل العراق والقول الثالث أنه ليس عليه الا أن يأتى به اذا علم موضعه ومعنى ذلك أن لا يكلف احضاره الا مع العلم بالقدرة على احضاره فان داعى الطالب معرفة موضعه على الحميل وأنكر الحميل كلف الطالب بيان ذلك قالوا ولا يحبس الحميل الا اذا كان المتحمل عنه معلوم الموضع فيكلف حينئذ احضاره وهذا القول حكاه أبو عبيد القاسم بن سلام فى كتابه فى الفقه عن جماعة من الناس واختاره وعمدة مالك ان المتحمل بالوجه غار لصاحب الحق فوجب عليه الغرم اذا غاب وربما احتج لهم بما روى عن ابن عباس ان رجلا سأل غريمه أن يؤدى اليه ماله أو يعطيه حميلا فلم يقدر حتى حاكمه الى النبى عليه السلام فتحمل عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أدى المال اليه قالوا فهذا غرم فى الحمالة المطلقة وأما أهل العراق فقالوا انما يجب عليه احضار ما تحمل به وهو النفس فليس يجب أن يتعدى ذلك الى المال الا لو شرطه على نفسه وقد قال عليه السلام المؤمنون عند شروطهم فانما عليه أن يحضره أو يحبس فيه فكما انه اذا ضمن المال فانما عليه أن يحضر المال أو يحبس فيه كذلك الأمر فى ضمان الوجه وعمدة الفريق الثالث أنه انما يلزمه احضاره اذا كان احضاره له مما يمكن وحينئذ يحبس اذا لم يحضره وأما اذا علم أن احضاره له غير ممكن فليس يجب عليه احضاره كما انه اذا مات ليس عليه احضاره قالوا ومن ضمن الوجه فاغرم المال فهو أحرى أن يكون مغرورا من أن يكون غارا فأما اذا اشترط الوجه دون المال وصرح بالشرط فقد قال مالك ان المال لا يلزمه ولا خلاف فى هذا فيما أحسب لانه كان يكون قد ألزم ضد ما اشترط فهذا حكم ضمان الوجه وأما حكم ضمان المال فان الفقهاء متفقون على أنه اذا عدم

المضمون أوغاب ان الضامن غارم واختلفوا اذا حضر الضامن والمضمون وكلاهما موسر فقال الشافعى وأبو حنيفة وأصحابهما والثورى والاوزاعى وأحمد واسحق للطالب أن يؤاخذ من شاء الكفيل أو المكفول وقال مالك فى أحد قوليه ليس له أن يأخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه وله قول آخر مثل قول الجمهور وقال أبو ثور الحمالة والكفالة واحدة ومن ضمن عن رجل مالا لزمه وبرئ المضمون ولا يجوز أن يكون مال واحد على اثنين وبه قال ابن أبى ليلى وابن شبرمة ومن الحجة لما رأى ان الطالب يجوز له مطالبة الضامن كان المضمون عنه غائبا أو حاضرا غنيا أو عديما حديث قبيصة بن المخارق قال تحملت حمالة فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فسألته عنها فقال نخرجها عنك من ابل الصدقة ياقبيصة ان المسئلة لاتحل الا فى ثلاث وذكر رجلا تحمل حمالة رجل حتى يؤديها ووجه الدليل من هذا أن النبى صلى الله عليه وسلم أباح المسئلة للمتحمل دون اعتبار حال المتحمل عنه وأما محل الكفالة فهى الاموال عند جمهور أهل العلم لقوله عليه السلام الزعيم غارم أعنى كفالة المال وكفالة الوجه وسواء تعلقت الاموال من قبل أموال أومن قبل حدود مثل المال الواجب فى قتل الخطأ أو الصلح فى قتل العمد أو السرقة التى ليس يتعلق بها قطع وهى مادون النصاب أومن غير ذلك وروى عن أبى حنيفة اجازة الكفالة فى الحدود والقصاص أوفى القصاص دون الحدود وهو قول عثمان البتى أعنى كفالة النفس وأما وقت وجوب الكفالة بالمال أعنى مطالبته بالكفيل فاجمع العلماء على ان ذلك بعد ثبوت الحق على المكفول اما باقرار واما ببينة وأما وقت وجوب الكفالة بالوجه فاختلفوا هل تلزم قبل اثبات الحق أم لا فقال قوم انها لاتلزم قبل اثبات الحق بوجه من الوجوه وهو قول شريح القاضى والشعبى وبه قال سحنون من أصحاب مالك وقال قوم بل يجب أخذ الكفيل بالوجه على اثبات الحق وهؤلاء اختلفوا متى يلزم ذلك والى كم من المدة يلزم فقال قوم ان أتى بشبهة قوية مثل شاهد واحد لزمه ان يعطى ضامنا بوجهه حتى يلوح حقه والالم يلزمه الكفيل الا أن يذكر بينة حاضرة فى المصر فيعطيه حميلا من الخمسة الايام الى الجمعة وهو قول ابن القاسم من أصحاب مالك وقال أهل العراق لا يؤخذ عليه حميل قبل ثبوت الحق الا أن يدعى

بينة حاضرة فى المصر نحو قول ابن القاسم الا انهم حددوا ذلك بالثلاثة الايام
يقولون انه ان أتى بشبهة لزمه أن يعطيه حميلا حتى يثبت دعواه أو تبطل وقد أنكروا
الفرق فى ذلك والفرق بين الذى يدعى البينة الحاضرة والغائبة وقالوا لا يؤخذ حميل
على أحد الا ببينة وذلك الى بيان صدق دعواه أو ابطالها وسبب هذا الاختلاف
تعارض وجه العدل بين الخصمين فى ذلك فانه اذا لم يؤخذ عليه ضامن بمجرد
الدعوى لم يؤمن ان يغيب بوجهه فيعنت طالبه واذا أخذ عليه لم يؤمن ان تكون
الدعوى باطلة فيعنت المطلوب ولهذا فرق من فرق بين دعوى البينة الحاضرة
والغائبة وروى عن عراك بن مالك قال أقبل نفر من الاعراب معهم ظهر فصحبهم
رجلان فباتا معهم فأصبح القوم وقد فقدوا كذا وكذا من ابلهم فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم لاحد الرجلين اذهب واطلب وحبس الآخر فجاء بما ذهب فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحد الرجلين استغفر لى فقال غفر الله لك قال وأنت
فغفر الله لك وقتلك فى سبيله خرج هذا الحديث أبو عبيد فى كتابه فى الفقه قال وحمله
بعض العلماء على ان ذلك كان من رسول الله حبسا قال ولا يعجبنى ذلك
لأنه لا يجب الحبس بمجرد الدعوى وانما هو عندى من باب الكفالة بالحق الذى
لم يجب اذا كانت هنالك شبهة لمكان صحبتهما لهم فأما أصناف المضمونين فليس
يلحق من قبل ذلك اختلاف مشهور لاختلافهم فى ضمان الميت اذا كان عليه دين
ولم يترك وفاء بدينه فأجازه مالك والشافعى وقال أبو حنيفة لا يجوز واستدل أبو حنيفة
من قبل ان الضمان لا يتعلق بمعدوم قطعا وليس كذلك المفلس واستدل من رأى
ان الضمان يلزمه بما روى أن النبى عليه الصلاة والسلام كان فى صدر الاسلام لا يصلى
على من مات وعليه دين حتى يضمن عنه والجمهور يصح عندهم كفالة المحبوس
والغائب ولا يصح عند أبى حنيفة وأما شروط الكفالة فان أبا حنيفة والشافعى
يشترطان فى وجوب رجوع الضامن على المضمون بما أدى عنه أن يكون الضمان
باذنه ومالك لا يشترط ذلك ولا تجوز عند الشافعى كفالة المجهول ولا الحق الذى
لم يجب بعد وكل ذلك لازم وجائز عند مالك وأصحابه وأما ما تجوز فيه الحمالة بالمال
مما لا تجوز فانها تجوز عند مالك بكل مال ثابت فى الذمة الا الكتابة وما لا يجوز فيه

التأخير ومايستحق شيأ فشيأ مثل النفقات على الازواج وماشا كلها

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

كتاب الحوالة

والحوالة معاملة صحيحة مستثناة من الدين بالدين لقوله عليه الصلاة والسلام مطل الغني ظلم واذا أحيل أحدكم على غني فليستحل والنظر في شروطها وفي حكمها فمن الشروط اختلافهم في اعتبار رضا المحال والمحال عليه فمن الناس من اعتبر رضا المحال ولم يعتبر رضا المحال عليه وهو مالك ومن الناس من اعتبر رضاهما معا ومن الناس من لم يعتبر رضا المحال واعتبر رضا المحال عليه وهو نقيض مذهب مالك وبه قال داود فمن رأى أنها معاملة اعتبر رضا الصنفين ومن انزل المحال عليه من المحال منزلته من المحيل لم يعتبر رضاه معه كما لا يعتبره مع المحيل اذا طلب منه حقه ولم يحل عليه أحدا وأما داود فحجته ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام واذا أحيل أحدكم على ملىء فليتبع والأمر على الوجوب وبقي المحال عليه على الأصل وهو اشتراط اعتبار رضاه ومن الشروط التي اتفق عليها في الجملة كون ما على المحال عليه مجانسا لما على المحيل قدرا ووصفا الا أن منهم من أجازها في الذهب والدراهم فقط ومنعها في الطعام والذين منعوها في ذلك رأوا أنها من باب بيع الطعام قبل ان يستوفى لأنه باع الطعام الذى كان له على غريمه بالطعام الذى كان عليه وذلك قبل ان يستوفيه من غريمه وأجاز ذلك مالك اذا كان الطعامان كلاهما من قرض اذا كان دين المحال حالا وأما ان كان أحدهما من سلم فانه لا يجوز الا أن يكون الدينان حالين وعند ابن القاسم وغيره من أصحاب مالك يجوز ذلك اذا كان الدين المحال به حالا ولم يفرق بين ذلك الشافعي لأنه كالبيع في ضمان المستقرض وانما رخص مالك في القرض لأنه يجوز عنده بيع القرض قبل أن يستوفى وأما أبو حنيفة فأجاز الحوالة بالطعام وشبهها بالدراهم وجعلها خارجة عن الاصول لخروج الحوالة بالدراهم والمسئلة مبنية على ان ما شذ عن الاصول هل يقاس عليه أم لا والمسئلة مشهورة في أصول الفقه وللحوالة عند مالك ثلاثة شروط أحدها ان يكون دين المحال حالا لأنه ان لم يكن حالا كان دينا بدين والثاني ان يكون الدين الذى يحيله به مثل الذى يحيله عليه في القدر والصفة لأنه اذا اختلفا في أحدهما

كان بيعا ولم تكن حوالة فخرج من باب الرخصة الى باب البيع واذا خرج الى باب البيع دخله الدين بالدين والشرط الثالث ان لا يكون الدين طعاما من سلم أو أحدهما ولم يحل الدين المستحال به على مذهب ابن القاسم واذا كان الطعامان جميعا من سلم فلا تجوز الحوالة بأحدهما على الآخر حلت الآجال أو لم تحل أو حل أحدهما ولم يحل الآخر لأنه يدخله بيع الطعام قبل أن يستوفى كما قلنا لكن أشهب يقول ان استوت رؤس أموالهما جازت الحوالة وكانت تولية وابن القاسم لا يقول ذلك كالحال اذا اختلفت و يتنزل المحال فى الدين الذى أحيل عليه منزلة من أحاله ومنزلته فى الدين الذى أحاله به وذلك فيما يريد أن يأخذ بدله منه أو يبيعه له من غيره أعنى انه لا يجوز له من ذلك الا ما يجوز له مع الذى أحاله وما يجوز للذى أحاله مع الذى أحاله عليه ومثال ذلك ان احتال بطعام كان له من قرض فى طعام من سلم أو بطعام من سلم فى طعام من قرض لم يجز له ان يبيعه من غيره قبل قبضه منه لانه ان كان احتال بطعام كان من قرض فى طعام من سلم نزل منزلة المحيل فى انه لا يجوز له بيع ما على غريمه قبل ان يستوفيه لكونه طعاما من بيع وان كان احتال بطعام من سلم فى طعام من قرض نزل من المحتال عليه منزلته مع من أحاله أعنى انه كما انه ما كان يجوز له أن يبيع الطعام الذى كان على غريمه المحيل له قبل أن يستوفيه كذلك لا يجوز أن يبيع الطعام الذى أحيل عليه وان كان من قرض وهذا كله مذهب مالك وأدلة هذه الفروق ضعيفة وأما أحكامها فان جمهور العلماء على ان الحوالة ضد الحمالة فى انه اذا أفلس المحال عليه لم يرجع صاحب الدين على المحيل بشئ قال مالك وأصحابه الا أن يكون المحيل غره فأحاله على عديم وقال أبو حنيفة يرجع صاحب الدين على المحيل اذا مات المحال عليه مفلسا أو جحد الحوالة وان لم تكن له بينة وبه قال شريح وعثمان البتى وجماعة وسبب اختلافهم مشابهة الحوالة للحمالة

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

(كتاب الوكالة)

وفيها ثلاثة أبواب الباب الأوّل فى أركانها وهى النظر فيما فيه التوكيل وفى الموكل والموكل والثانى فى أحكام الوكالة الثالث فى مخالفة الموكل للوكيل

(الباب الأول)

﴿الركن الأول فى الموكل﴾ واتفقوا على وكالة الغائب والمريض والمرأة المالكين لامورأنفسهم واختلفوا فى وكالة الحاضر الذكر الصحيح فقال مالك تجوز وكالة الحاضر الصحيح الذكر وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة لاتجوز وكالة الصيح الحاضر ولا المرأة الا أن تكون برزة فمن رأى ان الاصل أن لا ينوب فعل الغير عن فعل الغير الا ما دعت اليه الضرورة وانعقد الاجماع عليه قال لاتجوز نيابة من اختلف فى نيابته ومن رأى ان الاصل هو الجواز قال الوكالة فى كل شئ جائزة الا فيما أجمع على انه لا تصح فيه من العبادات وماجرى مجراها

﴿الركن الثانى فى الوكيل﴾ وشروط الوكيل أن لا يكون ممنوعا بالشرع من تصرفه فى الشئ الذى وكل فيه فلا يصح توكيل الصبى ولا المجنون ولا المرأة عند مالك والشافعى على عقد النكاح أما عند الشافعى فلا بمباشرة ولا بواسطة أى بأن توكل هى من يلى عقد النكاح ويجوز عند مالك بالواسطة الذكر

﴿الركن الثالث فيما فيه التوكيل﴾ وشرط محل التوكيل ان يكون قابلا للنيابة مثل البيع والحوالة والضمان وسائر العقود والفسوخ والشركة والوكالة والمصارفة والمجاعلة والمساقاة والنكاح والطلاق والخلع والصلح ولاتجوز فى العبادات البدنية وتجوز فى المالية كالزكاة والصدقة والحج وتجوز عند مالك فى الخصومة على الاقرار والانكار وقال الشافعى فى أحد قوليه لاتجوز على الاقرار وشبه ذلك بالشهادة والايمان وتجوز الوكالة على استيفاء العقوبات عند مالك وعند الشافعى مع الحضور قولان والذين قالوا ان الوكالة تجوز على الاقرار اختلفوا فى مطلق الوكالة على الخصومة هل يتضمن الاقرار أم لا فقال مالك لايتضمن وقال أبو حنيفة يتضمن

﴿الركن الرابع﴾ وأما الوكالة فهى عقد يلزم بالايجاب والقبول كسائر العقود وليست هى من العقود اللازمة بل الجائزة على مانقوله فى أحكام هذا العقد وهى ضربان عند مالك عامة وخاصة فالعامة هى التى تقع عنده بالتوكيل العام الذى لا يسمى فيه شئ دون شئ وذلك أنه ان سمى عنده لم ينتفع بالتعميم والتفويض وقال الشافعى لاتجوز الوكالة بالتعميم وهى غرر وانما يجوز منها ماسمى وحدد ونص عليه وهو

الا قيس اذ كان الاصل فيها المنع الا ما وقع عليه الاجماع

الباب الثانى فى الاحكام

وأما الاحكام فمنها أحكام العقد ومنها أحكام فعل الوكيل فأما هذا العقد فهو كما قلنا عقد غير لازم للوكيل أن يدع الوكالة متى شاء عند الجميع لكن أبو حنيفة يشترط فى ذلك حضور الموكل وللموكل أن يعزله متى شاء قالوا الا أن تكون وكالة فى خصومة وقال أصبغ له ذلك مالم يشرف على تمام الحكم وليس للوكيل أن يعزل نفسه فى الموضع الذى لا يجوز أن يعزله الموكل وليس من شروط انعقاد هذا العقد حضور الخصم عند مالك والشافعى وقال أبو حنيفة ذلك من شرطه وكذلك ليس من شرط اثباتها عند الحاكم حضوره عند مالك وقال الشافعى من شرطه واختلف أصحاب مالك هل تنفسخ الوكالة بموت الموكل على قولين فاذا قلنا تنفسخ بالموت كما تنفسخ بالعزل فتى يكون الوكيل معزولا والوكالة منفسخة فى حق من عامله فى المذهب فيه ثلاثة أقوال انها تنفسخ فى حق الجميع بالموت والعزل والثانى انها تنفسخ فى حق كل واحد منهم بالعلم فمن علم انفسخت فى حقه ومن لم يعلم لم تنفسخ فى حقه والثالث انها تنفسخ فى حق من عامل الوكيل بعلم الوكيل وان لم يعلم هو ولا تنفسخ فى حق الوكيل بعلم الذى عامله اذا لم يعلم الوكيل ولكن من دفع اليه شيأ بعد العلم بعزله ضمنه لأنه دفع الى من يعلم انه ليس بوكيل وأما أحكام الوكيل ففيها مسائل مشهورة أحدها اذا وكل على بيع شئ هل يجوز له أن يشتريه لنفسه فقال مالك يجوز وقد قيل عنه لا يجوز وقال الشافعى لا يجوز وكذلك عند مالك الأب والوصى ومنها اذا وكله فى البيع وكالة مطلقة لم يجز له عند مالك ان يبيع الا بثمن مثله نقدا بنقد البلد ولا يجوز ان باع نسيئة أو بغير نقد البلد أو بغير ثمن المثل وكذلك الأمر عنده فى الشراء وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء لمعين فقال يجوز فى البيع أن يبيع بغير ثمن المثل وأن يبيع نسيئة ولم يجز اذا وكله فى شراء عبد بعينه ان يشتريه الا بثمن المثل نقدا ويشبه ان يكون أبو حنيفة انما فرق بين الوكالة على شراء شئ بعينه لان من حجته أنه كما أن الرجل قد يبيع الشئ بأقل من ثمن مثله ونساء لمصلحة يراها فى ذلك كله كذلك حكم الوكيل اذ قد أنزله منزلته وقول الجمهور أبين وكل ما يعتدى فيه الوكيل ضمن عند

من يرى أنه تعدى وإذا اشترى الوكيل شيأ واعلم أن الشراء للموكل فالملك ينتقل الى الموكل وقال أبو حنيفة الى الوكيل أولا ثم الى الموكل وإذا دفع الوكيل دينا عن الموكل ولم يشهد فانكر الذى له الدين القبض ضمن الوكيل

(الباب الثالث)

وأما اختلاف الوكيل مع الموكل فقد يكون فى ضياع المال الذى استقر عند الوكيل وقد يكون فى دفعه الى الموكل وقد يكون فى مقدار الثمن الذى باع به أو اشترى اذا أمره بثمن محدود وقد يكون فى المثمون وقد يكون فى تعيين من أمره بالدفع اليه وقد يكون فى دعوى التعدى فاذا اختلفا فى ضياع المال فقال الوكيل ضاع منى وقال الموكل لم يضع فالقول قول الوكيل ان كان لم يقبضه ببينة فان كان المال قد قبضه الوكيل من غريم الموكل ولم يشهد الغريم على الدفع لم يبرأ الغريم باقرار الوكيل عند مالك وغرم ثانية وهل يرجع الغريم على الوكيل فيه خلاف وان كان قد قبضه ببينة برئ ولم يلزم الوكيل شئ وأما اذا اختلفا فى الدفع فقال الوكيل دفعته اليك وقال الموكل لا فقيل القول قول الوكيل وقيل القول قول الموكل وقيل ان تباعد ذلك فالقول قول الوكيل وأما اختلافهم فى مقدار الثمن الذى به أمره بالشراء فقال ابن القاسم ان لم تفت السلعة فالقول قول المشترى وان فاتت فالقول قول الوكيل وقيل يتحالفان وينفسخ البيع ويتراجعان وان فاتت بالقيمة وان كان اختلافهم فى مقدار الثمن الذى أمره به فى البيع فعند ابن القاسم ان القول فيه قول الموكل لانه جعل دفع الثمن بمنزلة فوات السلعة فى الشراء وأما اذا اختلفا فيمن أمره بالدفع ففى المذهب فيه قولان المشهور أن القول قول المأمور وقيل القول قول الآمر وأما اذا فعل الوكيل فعلا هو تعد وزعم أن الموكل أمره فالمشهور ان القول قول الموكل وقد قيل ان القول قول الوكيل انه قد أمره لأنه قد ائتمنه على الفعل

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب اللقطة ﴾

والنظر فى اللقطة فى جملتين الجملة الأولى فى أركانها والثانية فى أحكامها

﴿ الجملة الأولى ﴾ والاركان ثلاثة الالتقاط والملتقط واللقطة فأما الالتقاط فاختلف العلماء هل هو أفضل أم الترك فقال أبو حنيفة الافضل الالتقاط لأنه من الواجب على المسلم أن يحفظ مال أخيه المسلم وبه قال الشافعي وقال مالك وجماعة بكراهية الالتقاط وروى عن ابن عمر وابن عباس وبه قال أحمد وذلك لأمرين أحدهما ماروى أنه صلى الله عليه وسلم قال ضالة المؤمن حرق النار ولما يخاف أيضا من التقصير فى القيام بما يجب لها من التعريف وترك التعدى عليها وتأول الذين رأوا الالتقاط أول الحديث وقالوا أراد بذلك الانتفاع بها الاأخذها للتعريف وقال قوم بل لقطها واجب وقد قيل ان هذا الاختلاف اذا كانت اللقطة بين قوم مأمونين والامام عادل قالوا وان كانت اللقطة بين قوم غير مأمونين والامام عادل فواجب التقاطها وان كانت بين قوم مأمونين والامام جائر فالافضل أن لا يلتقطها وان كانت بين قوم غير مأمونين والامام غير عادل فهو مخير بحسب مايغلب على ظنه من سلامتها أكثر من أحد الطرفين وهذا كله ماعدا لقطة الحاج فان العلماء أجمعوا على أنه لا يجوز التقاطها لنهيه عليه السلام عن ذلك ولقطة مكة أيضا لا يجوز التقاطها الا لمنشد لورود النص فى ذلك والمروى فى ذلك لفظان أحدهما أنه لا ترفع لقطتها الا لمنشد الثانى لا يرفع لقطتها الامنشد فالمعنى الواحد أنها لا ترفع الا لمن ينشدها والمعنى الثانى لا يلتقطها الامن ينشدها ليعرف الناس وقال مالك تعرف هاتان اللقطتان أبدا فأما الملتقط فهو كل حر مسلم بالغ لانها ولاية واختلف عن الشافعى فى جواز التقاط الكافر قال أبو حامد والأصح جواز ذلك فى دار الاسلام قال وفى أهلية العبد والفاسق له قولان فوجه المنع عدم أهلية الولاية ووجه الجواز عموم أحاديث اللقطة وأما اللقطة بالجملة فانها كل مال لمسلم معرض للضياع كان ذلك فى عامر الارض أو غامرها والجماد والحيوان فى ذلك سواء الا الابل باتفاق والأصل فى اللقطة حديث يزيد بن خالد الجهنى وهو متفق على صحته أنه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والا فشأنك بها قال فضالة الغنم يارسول الله قال هى لك أو لأخيك أو للذئب قال فضالة الابل قال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها

ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها وهذا الحديث يتضمن معرفة ما يلتقط مما لا يلتقط ومعرفة حكم ما يلتقط كيف يكون فى العام و بعده و بماذا يستحقها مدعيها فأما الابل فاتفقوا على أنها لا تلتقط واتفقوا على الغنم أنها تلتقط وترددوا فى البقر والنص عن الشافعى أنها كالابل وعن مالك أنها كالغنم وعنه خلاف -

﴿ الجملة الثانية ﴾ وأما حكم التعريف فاتفق العلماء على تعريف ما كان منها له بال سنة مالم تكن من الغنم واختلفوا فى حكمها بعد السنة فاتفق فقهاء الامصار مالك والثورى والاوزاعى وأبو حنيفة والشافعى وأحمد وأبو عبيد وأبو ثور اذا انقضت كان له أن يأكلها ان كان فقيرا أو يتصدق بها ان كان غنيا فان جاء صاحبها كان مخيرا بين أن يجيز الصدقة فينزل على ثوابها أو يضمنه اياها واختلفوا فى الغنى هل له أن يأكلها أو ينفقها بعد الحول فقال مالك والشافعى له ذلك وقال أبو حنيفة ليس له الا أن يتصدق بها وروى مثل قوله عن على وابن عباس وجماعة من التابعين وقال الاوزاعى ان كان مالا كثيرا جعله فى بيت المال وروى مثل قول مالك والشافعى عن عمر وابن مسعود وابن عمر وعائشة وكلهم متفقون على أنه ان أكلها ضمنها لصاحبها الا أهل الظاهر واستدل مالك والشافعى بقوله عليه السلام فشأنك بها ولم يفرق بين غنى وفقير ومن الحجة لهما ما رواه البخارى والترمذى عن سويد بن غفلة قال لقيت أوس بن كعب فقال وجدت صرة فيها مائة دينار فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها فلم أجد ثم أتيته ثلاثا فقال احفظ وعاءها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وخرج الترمذى وأبو داود فاستنفقها فسبب الخلاف معارضة ظاهر لفظ حديث اللقطة لاصل الشرع وهو أنه لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه فمن غلب هذا الاصل على ظاهر الحديث وهو قوله بعد التعريف فشأنك بها قال لا يجوز فيها تصرف الا بالصدقة فقط على ان يضمن ان لم يجز صاحب اللقطة الصدقة ومن غلب ظاهر الحديث على هذا الأصل ورأى انه مستثنى منه قال تحل له بعد العام وهى مال من ماله لا يضمنها ان جاء صاحبها ومن توسط قال يتصرف بعد العام فيها وان كانت عينا على جهة الضمان وأما حكم دفع اللقطة لمن ادعاها

فاتفقوا على أنها لا تدفع اليه اذا لم يعرف العفاص ولا الوكاء واختلفوا اذا عرف ذلك هل يحتاج مع ذلك الى بينة أم لا فقال مالك يستحق بالعلامة ولا يحتاج الى بينة وقال أبو حنيفة والشافعى لا يستحق الا ببينة وسبب الخلاف معارضة الأصل فى اشتراط الشهادة فى صحة الدعوى لظاهر هذا الحديث فمن غلب الاصل قال لابد من البينة ومن غلب ظاهر الحديث قال لا يحتاج الى بينة وانما اشترط الشهادة فى ذلك الشافعى وأبو حنيفة لأن قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فشأنك بها يحتمل أن يكون انما أمره بمعرفة العفاص والوكاء لئلا تختلط عنده بغيرها و يحتمل أن يكون انما أمره بذلك ليدفعها لصاحبها بالعفاص والوكاء فلما وقع الاحتمال وجب الرجوع الى الأصل فان الأصول لا تعارض بالاحتمالات المخالفة لها الا أن تصح الزيادة التى نذكرها بعد وعند مالك وأصحابه ان على صاحب اللقطة أن يصف مع العفاص والوكاء صفة الدنانير والعدد قالوا وذلك موجود فى بعض روايات الحديث ولفظه فان جاء صاحبها ووصف عفاصها ووكاءها وعددها فادفعها اليه قالوا ولكن لا يضره الجهل بالعدد اذا عرف العفاص والوكاء وكذلك ان زاد فيه واختلفوا ان نقص من العدد على قولين وكذلك اختلفوا اذا جهل الصفة وجاء بالعفاص والوكاء وأما اذا غلط فيها فلا شئ له وأما اذا عرف احدى العلامتين اللتين وقع النص عليهما وجهل الاخرى فقيل انه لا شئ له الا بمعرفتهما جميعا وقيل يدفع اليه بعد الاستبراء وقيل ان ادعى الجهالة استبرئ وان غلط لم تدفع اليه واختلف المذهب اذا أتى بالعلامة المستحقة هل يدفع اليه بيمين أو بغير يمين فقال ابن القاسم بغير يمين وقال أشهب بيمين وأما ضالة الغنم فان العلماء اتفقوا على أن لواجد ضالة الغنم فى المكان القفر البعيد من العمران أن يأكلها لقوله عليه السلام فى الشاة هى لك أو لأخيك أو للذئب واختلفوا هل يضمن قيمتها لصاحبها أم لا فقال جمهور العلماء انه يضمن قيمتها وقال مالك فى أشهر الأقاويل عنه انه لا يضمن وسبب الخلاف معارضة الظاهر كما قلنا للاصل المعلوم من الشريعة الا أن مالكا هنا غلب الظاهر فجرى على حكم

الظاهر ولم يجر كذلك فى التصرف فيما وجب تعريفه بعد العام لقوة اللفظ ههنا وعنه رواية أخرى انه يضمن وكذلك كل طعام لا يبقى اذا خشى عليه التلف ان تركه وتحصيل مذهب مالك عند أصحابه فى ذلك انها على ثلاثة أقسام قسم يبقى فى يد ملتقطه ويخشى عليه التلف ان تركه كالعين والعروض، وقسم لا يبقى فى يد ملتقطه ويخشى عليه التلف ان ترك كالشاة فى القفر والطعام الذى يسرع اليه الفساد وقسم لا يخشى عليه التلف فأما القسم الأول وهو ما يبقى فى يد ملتقطه ويخشى عليه التلف فانه ينقسم ثلاثة أقسام أحدها أن يكون يسيرا لا بال له ولا قدر لقيمته ويعلم أن صاحبه لا يطلبه لتفاهته فهذا لا يعرف عنده وهو لمن وجده، والأصل فى ذلك ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بتمرة فى الطريق فقال لولا أن تكون من الصدقة لأكلتها ولم يذكر فيها تعريفا وهذا مثل العصا والسوط وان كان أشهب قد استحسن تعريف ذلك والثانى أن يكون يسيرا الا أن له قدرا ومنفعة فهذا لا اختلاف فى المذهب فى تعريفه واختلفوا فى قدر ما يعرف فقيل سنة وقيل أياما وأما الثالث فهو ان يكون كثيرا أوله قدر فهذا لا اختلاف فى وجوب تعريفه حولا وأما القسم الثانى وهو مالا يبقى بيد ملتقطه ويخشى عليه التلف فان هذا يأكله كان غنيا أو فقيرا وهل يضمن فيه روايتان كما قلنا الاشهر أن لا ضمان واختلفوا ان وجد مايسرع اليه الفساد فى الحاضرة فقيل لا ضمان عليه وقيل عليه الضمان وقيل بالفرق بين أن يتصدق به فلا يضمن أو يأكله فيضمن وأما القسم الثالث فهو كالا بل أعنى ان الاختيار عنده فيه الترك للنص الوارد فى ذلك فان أخذها وجب تعريفها والاختيار تركها وقيل فى المذهب هو عام فى جميع الازمنة وقيل انما هو فى زمان العدل وأن الافضل فى زمان غير العدل التقاطها وأما ضمانها فى الذى تعرف فيه فان العلماء اتفقوا على ان من التقطها وأشهد على التقاطها فهلكت عنده أنه غير ضامن واختلفوا اذا لم يشهد فقال مالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد بن الحسن لا ضمان عليه ان لم يضيع وان لم يشهد وقال أبو حنيفة وزفر يضمنها ان هلكت ولم يشهد استدل مالك والشافعى بأن اللقطة وديعة فلا ينقلها ترك الاشهاد من الامانة الى الضمان قالوا وهى وديعة بما جاء من حديث سليمان بن بلال وغيره أنه قال ان جاء صاحبها والا فلتكن وديعة

عندك واستدل أبو حنيفة وزفر بحديث مطرف بن الشخير عن عياض بن حمار قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من التقط لقطة فليشهد ذوى عدل عليها ولا يكتم ولا يعنت فان جاء صاحبها فهو أحق بها والا فهو مال الله يؤتيه من يشاء وتحصيل المذهب فى ذلك ان واجد اللقطة عند مالك لا يخلو التقاطه لها من ثلاثة أوجه أحدها أن يأخذها على جهة الاغتيال لها والثانى أن يأخذها على جهة الالتقاط والثالث أن يأخذها لا على جهة الالتقاط ولا على جهة الاغتيال فان أخذها على جهة الالتقاط فهى أمانة عنده عليه حفظها وتعريفها فان ردها بعد ان التقطها فقال ابن القاسم يضمن وقال أشهب لا يضمن اذا ردها فى موضعها فان ردها فى غير موضعها ضمن كالوديعة والقول قوله فى تلفها دون يمين الا أن يتهم وأما اذا قبضها مغتالا لها فهو ضامن لها ولكن لا يعرف هذا الوجه الا من قبله وأما الوجه الثالث فهو مثل ان يجد ثوبا فيأخذه وهو يظنه لقوم بين يديه ليسأ لهم عنه فهذا ان لم يعرفوه ولا ادعوه كان له أن يرده حيث وجده ولا ضمان عليه باتفاق عند أصحاب مالك وتتعلق بهذا الباب مسئلة اختلف العلماء فيها وهو العبد يستهلك اللقطة فقال مالك انها فى رقبته اما ان يسلمه سيده فيها واما ان يفديه بقيمتها هذا اذا كان استهلاكه قبل الحول فان استهلكها بعد الحول كانت دينا عليه ولم تكن فى رقبته وقال الشافعى ان علم بذلك السيد فهو الضامن وان لم يعلم بها السيد كانت فى رقبة العبد واختلفوا هل يرجع الملتقط بما أنفق على اللقطة على صاحبها أم لا فقال الجمهور ملتقط اللقطة متطوع بحفظها فلا يرجع بشئ من ذلك على صاحب اللقطة وقال الكوفيون لا يرجع بما أنفق الا أن تكون النفقة عن اذن الحاكم وهذه المسئلة هى من أحكام الالتقاط وهذا القدر كاف بحسب غرضنا فى هذا الباب

باب فى اللقيط

والنظر فى أحكام الالتقاط وفى الملتقط واللقيط وفى أحكامه وقال الشافعى كل شئ ضائع لا كافل له فالتقاطه من فروض الكفايات وفى وجوب الاشهاد عليه خيفة الاسترقاق خلاف والخلاف فيه مبنى على الاختلاف فى الاشهاد على اللقطة واللقيط هو الصبى الصغير غير البالغ وان كان مميزا ففيه فى مذهب الشافعى تردد والملتقط هو

كل حر عدل رشيد وليس العبد والمكاتب بملتقط والكافر يلتقط الكافر دون المسلم لأنه لا ولاية له عليه ويلتقط المسلم الكافر وينزع من يد الفاسق والمبذر وليس من شرط الملتقط الغنى ولا تلزم نفقة الملتقط على من التقطه وان أنفق لم يرجع عليه بشئ وأما أحكامه فانه يحكم له بحكم الاسلام ان التقطه فى دار المسلمين ويحكم للطفل بالاسلام بحكم أبيه عند مالك وعند الشافعى يحكم من أسلم منهما وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك وقد اختلف فى اللقيط فقيل انه عبد لمن التقطه وقيل انه حر وولاؤه لمن التقطه وقيل انه حر وولاء للمسلمين وهو مذهب مالك والذى تشهد له الاصول الا أن يثبت فى ذلك أثر تخصص به الاصول مثل قوله عليه الصلاة والسلام ترث المرأة ثلاثة لقيطها وعتيقها وولدها الذى لاعنت عليه

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

كتاب الوديعة

وجل المسائل المشهورة بين فقهاء الأمصار فى هذا الكتاب هى فى أحكام الوديعة فمنها انهم اتفقوا على أنها أمانة لا مضمونة الا ما حكى عن عمر بن الخطاب قال المالكيون والدليل على انها أمانة أن الله أمر برد الامانات ولم يأمر بالاشهاد فوجب ان يصدق المستودع فى دعواه رد الوديعة مع يمينه ان كذبه المودع قالوا الا أن يدفعها اليه ببينة فانه لا يكون القول قوله قالوا لأنه اذا دفعها اليه ببينة فكأنه ائتمنه على حفظها ولم يأتمنه على ردها فيصدق فى تلفها ولا يصدق على ردها هذا هو المشهور عن مالك وأصحابه وقد قيل عن ابن القاسم أن القول قوله وان دفعها اليه ببينة وبه قال الشافعى وأبو حنيفة وهو القياس لأنه فرق بين التلف ودعوى الرد ويبعد أن تنتقض الامانة وهذا فيمن دفع الامانة الى اليد التى دفعتها اليه وأما من دفعها الى غير اليد التى دفعتها اليه فعليه ما على ولى اليتيم من الاشهاد عند مالك والا ضمن يريد قول الله عز وجل (فاذا دفعتم اليهم أموالهم فاشهدوا عليهم) فان أنكر القابض القبض فلا يصدق المستودع فى الدفع عند مالك وأصحابه الا ببينة وقد قيل انه يتخرج من المذهب انه يصدق فى ذلك وسواء عند مالك أمر صاحب الوديعة بدفعها الى الذى دفعها أو لم يأمر وقال أبو حنيفة ان كان ادعى دفعها الى من أمره بدفعها فالقول

قول المستودع مع يمينه فان أقر المدفوع اليه بالوديعة أعني اذا كان غير المودع وادعى التلف فلا يخلو ان يكون المستودع دفعها الى أمانة وهو وكيل المستودع أو الى ذمة فان كان القابض أمينا فاختلف فى ذلك قول ابن القاسم فقال مرة يبرأ الدافع بتصديق القابض وتكون المصيبة من الآمر الوكيل بالقبض ومرة قال لا يبرأ الدافع الا باقامة البينة على الدفع أو يأتى القابض بالمال وأما ان دفع الى ذمة مثل أن يقول رجل للذى عنده الوديعة ادفعها الى سلفا أو تسلفا فى سلعة أو ما أشبه ذلك فان كانت الذمة قائمة برئ الدافع فى المذهب من غير خلاف وان كانت الذمة خربة فقولان والسبب فى هذا الاختلاف كله ان الامانة تقوى دعوى المدعى حتى يكون القول قوله مع يمينه فمن شبه أمانة الذى أمره المودع أن يدفعها اليه أعنى الوكيل بأمانة المودع عنده قال يكون القول قوله فى دعواه التلف كدعوى المستودع عنده ومن رأى ان تلك الامانة أضعف قال لا يبرأ الدافع بتصديق القابض مع دعوى التلف ومن رأى المأمور بمنزلة الآمر قال القول قول الدافع للمأمور كما كان القول قوله مع الآمر وهو مذهب أبى حنيفة ومن رأى انه أضعف منه قال الدافع ضامن الا أن يحضر القابض المال واذا أودعها بشرط الضمان فالجمهور على أنه لا يضمن وقال الغير يضمن و بالجملة فالفقهاء يرون بأجمعهم انه لا ضمان على صاحب الوديعة الا أن يتعدى ويختلفون فى أشياء هل هى تعد أم ليس بتعد فمن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب اذا أنفق الوديعة ثم رد مثلها أو أخرجها لنفقته ثم ردها فقال مالك يسقط عنه الضمان بحالة مثل اذا ردها وقال أبو حنيفة ان ردها بعينها قبل أن ينفقها لم يضمن وان رد مثلها ضمن وقال عبد الملك والشافعى يضمن فى الوجهين جميعا فمن غلظ الامر ضمنه اياها بتحريكها ونية استنفاقها ومن رخص لم يضمنها اذا أعاد مثلها ومنها اختلافهم فى السفر بها فقال مالك ليس له أن يسافر بها الا أن تعطى له فى سفر وقال أبو حنيفة له أن يسافر بها اذا كان الطريق آمنا ولم ينهه صاحب الوديعة ومنها انه ليس للمودع عنده أن يودع الوديعة غيره من غير عذر فان فعل ضمن وقال أبو حنيفة ان أودعها عند من تلزمه نفقته لم يضمن لأنه شبهه بأهل بيته وعند مالك له أن يستودع ما أودع عند عياله الذين يأمنهم وهم تحت غلقه من زوج أو ولد أو أمة أو من أشبههم

وبالجملة فعند الجميع انه يجب عليه أن يحفظها مما جرت به عادة الناس أن تحفظ أموالهم فما كان بينا من ذلك انه حفظ اتفق عليه وما كان غير بين انه حفظ اختلف فيه مثل اختلافهم في المذهب فيمن جعل وديعة في جيبه فذهبت والأشهر انه يضمن وعند ابن وهب ان من أودع وديعة في المسجد فجعلها على نعله فذهبت انه لا ضمان عليه ويختلف في المذهب في ضمانها بالنسيان مثل أن ينساها في موضع أو ينسى من دفعها اليه أو يدعيها رجلان فقيل يحلفان وتقسم بينهما وقيل انه يضمن لكل واحد منهما واذا أراد السفر فله عند مالك أن يودعها عند ثقة من أهل البلد ولا ضمان عليه قدر على دفعها الى الحاكم أو لم يقدر واختلف في ذلك أصحاب الشافعي فمنهم من يقول ان أودعها الغير الحاكم ضمن وقبول الوديعة عند مالك لا يجب في حال ومن العلماء من يرى انه واجب اذا لم يجد المودع من يودعها عنده ولا أجر للمودع عنده على حفظ الوديعة وما تحتاج اليه من مسكن أو نفقة فعلى ربها واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور وهو فيمن أودع مالا فتعدى فيه واتجر به فربح فيه هل ذلك الربح حلال له أم لا فقال مالك والليث وأبو يوسف وجماعة اذا رد المال طاب له الربح وان كان غاصبا للمال فضلا عن أن يكون مستودعا عنده وقال أبو حنيفة وزفر ومحمد بن الحسن يؤدي الاصل ويتصدق بالربح وقال قوم لرب الوديعة الاصل والربح وقال قوم هو مخير بين الاصل والربح وقال قوم البيع الواقع في تلك التجارة فاسد وهؤلاء هم الذين أوجبوا التصدق بالربح اذا مات فمن اعتبر التصرف قال الربح للمتصرف ومن اعتبر الاصل قال الربح لصاحب المال ولذلك لما أمر عمر رضي الله عنه ابنيه عبد الله وعبيد الله أن يصرفا المال الذي أسلفهما أبو موسى الاشعري من بيت المال فتجرا فيه فربحا قيل له لو جعلته قراضا فأجاب الى ذلك لانه قد روي انه قد حصل للعامل جزء ولصاحب المال جزء وان ذلك عدل

﴿بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما﴾

(كتاب العارية)

والنظر في العارية في أركانها وأحكامها وأركانها خمسة الاعارة والمعير والمستعير

والمعار والصيغة أما الاعارة فهي فعل خير ومندوب اليه وقد شدد فيها قوم من السلف الاول روى عن عبد الله بن عباس وعبد الله بن مسعود أنهما قالا في قوله تعالى (ويمنعون الماعون) انه متاع البيت الذى يتعاطاه الناس بينهم من الفأس والدلو والحبل والقدر وما أشبه ذلك وأما المعير فلا يعتبر فيه الا كونه مالكا للعارية امالرقبتها واما لمنفعتها والاظهر أنها لا تصح من المستعير أعنى أن يعيرها وأما العارية فتكون في الدور والارضين والحيوان وجميع مايعرف بعينه اذا كانت منفعته مباحة الاستعمال ولذلك لا تجوز اباحة الجوارى للاستمتاع ويكره للاستخدام الا أن تكون ذا محرم وأما صيغة الاعارة فهي كل لفظ يدل على الاذن وهي عقد جائز عند الشافعي وأبى حنيفة أى للمعير أن يسترد عاريته اذا شاء وقال مالك في المشهور ليس له استرجاعها قبل الانتفاع وان شرط مدة مالزمته تلك المدة وان لم يشترط مدة لزمه من المدة مايرى الناس انه مدة لمثل تلك العارية وسبب الخلاف مايوجد فيها من شبه العقود اللازمة وغير اللازمة وأما الأحكام فكثيرة وأشهرها هل هي مضمونة أو أمانة فنهم من قال انها مضمونة وان قامت البينة على تلفها وهو قول أشهب والشافعي وأحد قولى مالك ومنهم من قال نقيض هذا وهو أنها ليست مضمونة أصلا وهو قول أبى حنيفة ومنهم من قال يضمن فيما يغاب عليه اذا لم يكن على التلف بينة ولا يضمن فيما لا يغاب عليه ولا فيما قامت البينة على تلفه وهو مذهب مالك المشهور وابن القاسم وأكثر أصحابه وسبب الخلاف تعارض الآثار في ذلك وذلك انه ورد في الحديث الثابت أنه قال عليه السلام لصفوان بن أمية بل عارية مضمونة مؤداة وفي بعضها بل عارية مؤداة وروى عنه أنه قال ليس على المستعير ضمان فمن رجح وأخذ بهذا أسقط الضمان عنه ومن أخذ بحديث صفوان بن أمية ألزمه الضمان ومن ذهب مذهب الجمع فرق بين مايغاب عليه وبين مالا يغاب عليه فحمل هذا الضمان على مايغاب عليه والحديث الآخر على مالا يغاب عليه الا أن الحديث الذى فيه ليس على المستعير ضمان غير مشهور وحديث صفوان صحيح ومن لم ير الضمان شبهها بالوديعة ومن فرق قال الوديعة مقبوضة لمنفعة الدافع والعارية لمنفعة القابض واتفقوا في الاجارة على أنها غير مضمونة أعنى الشافعي وأبا حنيفة ومالكا ويلزم

الشافعي اذا سلم أنه لاضمان عليه في الاجارة أن لا يكون ضمان في العارية ان سلم أن سبب الضمان هو الانتفاع لانه اذا لم يضمن حيث قبض لمنفعتهما فأحرى أن لا يضمن حيث قبض لمنفعته اذا كانت منفعة الدافع مؤثرة في اسقاط الضمان واختلفوا اذا شرط الضمان فقال قوم يضمن وقال قوم لا يضمن والشرط باطل ويجئ على قول مالك اذا اشترط الضمان في الموضع الذي لا يجب فيه عليه الضمان أن يلزم اجارة المثل في استعماله العارية لان الشرط يخرج العارية عن حكم العارية الى باب الاجارة الفاسدة اذا كان صاحبها لم يرض أن يعيرها الا بأن يخرجها في ضمانه فهو عوض مجهول فيجب أن يرد الى معلوم واختلف عن مالك والشافعي اذا غرس المستعير وبنى ثم انقضت المدة التي استعار اليها فقال مالك المالك بالخيار ان شاء أخذ المستعير بقلع غراسته وبنائه وان شاء أعطاه قيمته مقلوعا اذا كان مما له قيمة بعد القلع وسواء عند مالك انقضت المدة المحدودة بالشرط أو بالعرف أو العادة وقال الشافعي اذا لم يشترط عليه القلع فليس له مطالبته بالقلع بل يخير المعير بأن يبقيه بأجر يعطاه أو ينقض بأرش أو يتملك ببدل فأيها أراد المعير أجبر عليه المستعير فان أبى كلف تفريغ الملك وفي جواز بيعه للنقض عنده خلاف لانه معرض للنقض فرأى الشافعي أن أخذه المستعير بالقلع دون أرش هو ظلم ورأى مالك أن عليه اخلاء المحل وأن العرف في ذلك يتنزل منزلة الشروط وعند مالك أنه ان استعمل العارية استعمالا ينقصها عن الاستعمال المأذون فيه ضمن ما نقصها بالاستعمال واختلفوا من هذا الباب في الرجل يسأل جاره أن يعيره جداره ليغرز فيه خشبة لمنفعته ولا تضر صاحب الجدار وبالجملة في كل ما ينتفع به المستعير ولا ضرر على المعير فيه فقال مالك وأبو حنيفة لا يقضى عليه به اذ العارية لا يقضى بها وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور وداود وجماعة أهل الحديث يقضى بذلك وحجتهم ما خرجه مالك عن ابن شهاب عن الاعراج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره ثم يقول أبو هريرة مالي أراكم عنها معرضين والله لأرمين بها بين أكتافكم واحتجوا أيضا بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب أن الضحاك بن قيس ساق خليجا له من العاريض فاراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى محمد فقال له الضحاك أنت

تمنعني وهو لك منفعة تسقي منه أوّلا وآخرا ولا يضرك فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب فدعا عمر محمد بن مسلمة فأمره أن يخلي سبيله قال محمد لا فقال عمر لا تمنع أخاك ما ينفعه ولا يضرك فقال محمد لا فقال عمر والله ليمرن به ولو على بطنك فأمره عمر أن يمر به ففعل الضحاك وكذلك حديث عمرو بن يحيي المازني عن أبيه أنه قال كان في حائط جدي ربيع لعبد الرحمن بن عوف فأراد أن يحوله الى ناحية من الحائط فمنعه صاحب الحائط فكلم عمر بن الخطاب فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله وقد عذل الشافعي مالكا لادخاله هذه الاحاديث في موطئه وتركه الاخذ بها وعمدة مالك وأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه وعند الغير ان عموم هذا مخصص بهذه الاحاديث وبخاصة حديث ابي هريرة وعند مالك أنها محمولة على الندب وأنه اذا أمكن أن تكون مخصصة وأن تكون على الندب فحملها على الندب أولى لان بناء العام على الخاص انما يجب اذا لم يمكن بينهما جمع ووقع التعارض وروى أصبغ عن ابن القاسم أنه لا يؤخذ بقضاء عمر على محمد بن مسلمة في الخليج ويؤخذ بقضائه لعبد الرحمن بن عوف في تحويل الربيع وذلك انه رأى ان تحويل الربيع ايسر من ان يمر عليه بطريق لم يكن قبل وهذا القدر كاف بحسب غرضنا

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

(كتاب الغصب)

وفيه بابان الاوّل في الضمان وفيه ثلاثة اركان الاوّل الموجب للضمان والثاني مافيه الضمان والثالث الواجب واما الباب الثاني فهو في الطوارئ على المغصوب.

(الباب الاول)

﴿ الركن الاول ﴾ وأما الموجب للضمان فهو اما المباشرة لاخذ المال المغصوب أو لاتلافه واما المباشرة للسبب المتلف واما اثبات اليد عليه واختلفوا في السبب الذي يحصل بمباشرته الضمان اذا تناول التلف بواسطة سبب آخر هل يحصل به ضمان أم لا وذلك مثل أن يفتح قفصا فيه طائر فيطير بعد الفتح فقال مالك يضمنه هاجه على

الطيران أولم يهجه وقال أبو حنيفة لا يضمن على حال وفرق الشافعي بين أن يهيجه على الطيران أو لا يهيجه فقال يضمن ان هاجه ولا يضمن ان لم يهجه ومن هذا من حفر بئرا فسقط فيه شيء فهلك فمالك والشافعي يقولان ان حفره بحيث أن يكون حفره تعديا ضمن ما تلف فيه والا لم يضمن ويجيء على أصل أبي حنيفة انه لا يضمن في مسئلة الطائر وهل يشترط في المباشرة العمد أو لا يشترط فالأشهر ان الأموال تضمن عمدا وخطأ وان كانوا قد اختلفوا في مسائل جزئية من هذا الباب وهل يشترط فيه أن يكون مختارا فالمعلوم عن الشافعي أنه يشترط أن يكون مختارا ولذلك رأى على المكره الضمان أعني المكره على الاتلاف

﴿ الركن الثاني ﴾ وأما ما يجب فيه الضمان فهو كل مال أتلفت عينه أو تلفت عند الغاصب عينه بأمر من السماء أو سلطت اليد عليه وتملك وذلك فيما ينقل ويحول باتفاق واختلفوا فيما لا ينقل ولا يحول مثل العقار فقال الجمهور انها تضمن بالغصب أعني أنها ان انهدمت الدار ضمن قيمتها وقال أبو حنيفة لا يضمن وسبب اختلافهم هل كون يد الغاصب على العقار مثل كون يده على ما ينقل ويحول فمن جعل حكم ذلك واحدا قال بالضمان ومن لم يجعل حكم ذلك واحدا قال لا ضمان

﴿ الركن الثالث ﴾ وهو الواجب في الغصب والواجب على الغاصب ان كان المال قائما عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان أن يرده بعينه وهذا لا خلاف فيه فاذا ذهبت عينه فانهم اتفقوا على أنه اذا كان مكيلا أو موزونا ان على الغاصب المثل أعني مثل ما استهلك صفة ووزنا واختلفوا في العروض فقال مالك لا يقضى في العروض من الحيوان وغيره الا بالقيمة يوم استهلك وقال الشافعي وأبو حنيفة وداود الواجب في ذلك المثل ولا تلزم القيمة الا عند عدم المثل وعمدة مالك حديث أبي هريرة المشهور عن النبي صلى الله عليه وسلم من أعتق شقصا له في عبد قوم عليه الباقي قيمة العدل الحديث ووجه الدليل منه انه لم يلزمه المثل وألزمه القيمة وعمدة الطائفة الثانية قوله تعالى (فجزاء مثل ما قتل من النعم) ولأن منفعة الشيء قد تكون هي المقصودة عند المتعدى عليه ومن الحجة لهم ما خرجه أبو داود من حديث أنس وغيره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نسائه فأرسلت احدى أمهات المؤمنين جارية

بقصعة لها فيها طعام قال فضربت بيدها فكسرت القصعة فأخذ النبي صلى الله عليه وسلم الكسرتين فضم احداهما الى الأخرى وجعل فيها جميع الطعام و يقول غارت أمكم كلوا كلوا حتى جاءت قصعتها التي في بيتها وحبس رسول الله صلى الله عليه وسلم القصعة حتى فرغوا فدفع الصحفة الصحيحة الى الرسول وحبس المكسورة في بيته وفي حديث آخر أن عائشة كانت هي التي غارت وكسرت الاناء وأنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما كفارة ماصنعت قال اناء مثل اناء وطعام مثل طعام

(الباب الثاني في الطوارئ)

والطوارئ على المغصوب اما بزيادة واما بنقصان وهذان امامن قبل المخلوق وامامن قبل الخالق فأما النقصان الذي يكون بأمر من السماء فانه ليس له الا أن يأخذه ناقصا أو يضمنه قيمته يوم الغصب وقيل ان له أن يأخذ و يضمن الغاصب قيمة العيب وأما ان كان النقص بجناية الغاصب فالمغصوب مخير في المذهب بين أن يضمنه القيمة يوم الغصب أو يأخذه ومانقصته الجناية يوم الجناية عند ابن القاسم وعند سحنون مانقصته الجناية يوم الغصب وذهب أشهب الى أنه مخير بين أن يضمنه القيمة أو يأخذه ناقصا ولاشئ له في الجناية كالذي يصاب بأمر من السماء واليه ذهب ابن المواز والسبب في هذا الاختلاف ان من جعل المغصوب مضمونا على الغاصب بالقيمة يوم الغصب جعل ماحدث فيه من نماء أو نقصان كأنه حدث في ملك صحيح فأوجب له الغلة ولم يوجب عليه في النقصان شيأ سواء كان من سببه أو من عند الله وهو قياس قول أبي حنيفة و بالجملة فقياس قول من يضمنه قيمته يوم الغصب فقط ومن جعل المغصوب مضمونا على الغاصب بقيمته في كل أوان كانت يده عليه آخذه بأرفع القيم وأوجب عليه ردالغلة وضمان النقصان سواء كان من فعله أو من عند الله وهو قول الشافعي أو قياس قوله ومن فرق بين الجناية التي تكون من الغاصب و بين الجناية التي تكون بأمر من السماء وهو مشهور مذهب مالك وابن القاسم فعمدته قياس الشبه لانه رأى ان جناية الغاصب على الشئ الذي

غصبه هو غصب ثان متكرر منه كالوجني عليه وهو في ملك صاحبه فهذا هو نكتة الاختلاف في هذا الباب فقف عليه وأما ان كانت الجناية عند الغاصب من غير فعل الغاصب فالمغصوب مخير بين أن يضمن الغاصب القيمة يوم الغصب و يتبع الغاصب الجاني و بين أن يترك الغاصب و يتبع الجاني بحكم الجنايات فهذا حكم الجنايات على العين في يد الغاصب وأما الجناية على العين من غير أن يغصبها غاصب فانها تنقسم عند مالك الى قسمين جناية تبطل يسيرا من المنفعة والمقصود من الشيء باق فهذا يجب فيه ما نقص يوم الجناية وذلك بأن يقوم صحيحا و يقوم بالجناية فيعطى ما بين القيمتين وأما ان كانت الجناية مما تبطل الغرض المقصود فان صاحبه يكون مخيرا ان شاء أسلمه للجاني وأخذ قيمته وان شاء أخذ قيمة الجناية وقال الشافعي وأبو حنيفة ليس له الا قيمة الجناية وسبب الاختلاف الالتفات الى الحمل على الغاصب وتشبيه اتلاف أكثر المنفعة باتلاف العين وأما النماء فانه على قسمين أحدهما أن يكون بفعل الله كالصغير يكبر والمهزول يسمن والعيب يذهب والثاني أن يكون مما أحدثه الغاصب فأما الأول فانه ليس بفوت وأما النماء بما أحدثه الغاصب في الشيء المغصوب فانه ينقسم فيما رواه ابن القاسم عن مالك الى قسمين أحدهما أن يكون قد جعل فيه من ماله ماله عين قائمة كالصبغ في الثوب والنقش في البناء وما أشبه ذلك والثاني أن لا يكون قد جعل فيه من ماله سوى العمل كالخياطة والنسج وطحن الحنطة والخشبة يعمل منها توابيت فأما الوجه الأول وهو أن يجعل فيه من ماله ماله عين قائمة فانه ينقسم الى قسمين أحدهما أن يكون ذلك الشيء مما يمكنه اعادته على حاله كالبقعة يبنيها وما أشبه ذلك والثاني أن لا يقدر على اعادته كالثوب يصبغه والسويق يلته فأما الوجه الاول فالمغصوب منه مخير بين أن يأمر الغاصب باعادة البقعة على حالها وازالة ماله فيها مما جعله من نقض أو غيره و بين أن يعطى الغاصب قيمة ماله فيها من النقض مقلوعا بعد حط أجر القلع وهذا اذا كان الغاصب ممن لا يتولى ذلك بنفسه ولا بغيره وانما يستأجر عليه وقيل انه لا يحط من ذلك أجر القلع هذا ان كانت له قيمة وأما ان لم تكن له قيمة لم يكن للغاصب على المغصوب فيه شيء لأن من حق المغصوب أن يعيد

له الغاصب ما غصب منه على هيئته فان لم يطالبه بذلك لم يكن له مقال وأما الوجه الثانى فهو فيه مخير بين أن يدفع قيمة الصبغ وما أشبهه و يأخذ ثوبه و بين أن يضمنه قيمة الثوب يوم غصبه الا فى السويق الذى يلته فى السمن وما أشبه ذلك من الطعام فلا يخير فيه لما يدخله من الربا و يكون ذلك فوتا يلزم الغاصب فيه المثل أو القيمة فيما لا مثل له * وأما الوجه الثانى من التقسيم الاول وهو أن لا يكون أحدث الغاصب فيما أحدثه فى الشئ المغصوب سوى العمل فان ذلك أيضا ينقسم قسمين أحدهما أن يكون ذلك يسيرا لا ينتقل به الشئ عن اسمه بمنزلة الخياطة فى الثوب أو الرفو له والثانى أن يكون العمل كثيرا ينتقل به الشئ المغصوب عن اسمه كالخشبة يعمل منها تابوتا والقمح يطحنه والغزل ينسجه والفضة يصوغها حليا أو دراهم فأما الوجه الاول فلا حق فيه للغاصب و يأخذ المغصوب منه الشئ المغصوب معمولا وأما الوجه الثانى فهو فوت يلزم الغاصب قيمة الشئ المغصوب يوم غصبه أو مثله فى ماله مثل هذا تفصيل مذهب ابن القاسم فى هذا المعنى وأشهب يجعل ذلك كله للمغصوب أصله مسئلة البنيان فيقول انه لا حق للغاصب فيما لا يقدر على أخذه من الصبغ والرفو والنسج والدباغ والطحين وقد روى عن ابن عباس أن الصبغ تفويت يلزم الغاصب فيه القيمة يوم الغصب وقد قيل انهما يكونان شريكين هذا بقيمة الصبغ وهذا بقيمة الثوب ان أبى رب الثوب أن يدفع قيمة الصبغ وان أبى الغاصب أن يدفع قيمة الثوب وهذا القول أنكره ابن القاسم فى المدوّنة فى كتاب اللقطة وقال ان الشركة لا تكون الا فيما كان بوجه شبهة جلية وقول الشافعى فى الصبغ مثل قول ابن القاسم الا أنه يجيز الشركة بينهما و يقول انه يؤمر الغاصب بقلع الصبغ ان أمكنه وان نقص الثوب و يضمن للمغصوب مقدار النقصان وأصول الشرع تقتضى أن لا يستحل مال الغاصب من أجل غصبه وسواء كان منفعة أو عينا الا أن يحتج محتج بقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق لكن هذا مجمل ومفهومه الاول انه ليس له منفعة متولدة بين ماله و بين الشئ الذى غصبه أعنى ماله المتعلق بالمغصوب فهذا هو حكم الواجب فى عين المغصوب تغير أو لم يتغير وأما حكم غلته فاختلف فى ذلك فى المذهب على قولين أحدهما أن حكم

الغلة حكم الشئ المغصوب والثانى أن حكمها بخلاف الشئ المغصوب فمن ذهب الى أن حكمها حكم الشئ المغصوب و به قال أشهب من أصحاب مالك يقول انما تلزمه الغلة يوم قبضها أو أكثر مما انتهت اليه قيمتها على قول من يرى أن الغاصب يلزمه أرفع القيم من يوم غصبها لا قيمة الشئ المغصوب يوم الغصب وأما الذين ذهبوا الى أن حكم الغلة بخلاف حكم الشئ المغصوب فاختلفوا فى حكمها اختلافا كثيرا بعد اتفاقهم على أنها ان تلفت ببينة انه لا ضمان على الغاصب وانه ان ادعى تلفها لم يصدق وان كان مما لا يغاب عليه وتحصيل مذهب هؤلاء فى حكم الغلة هو أن الغلال تنقسم الى ثلاثة أقسام أحدها غلة متولدة عن الشئ المغصوب على نوعه وخلقته وهو الولد وغلة متولدة عن الشئ لا على صورته وهو مثل الثمر ولبن الماشية وجبنها وصوفها وغلال غير متولدة بل هى منافع وهى الاكرية والخراجات وما أشبه ذلك فأما ما كان على خلقته وصورته فلا خلاف أعلمه ان الغاصب يرده كالولد مع الام المغصوبة وان كان ولد الغاصب وانما اختلفوا فى ذلك اذا ماتت الام فقال مالك هو مخير بين الولد وقيمة الام وقال الشافعى بل يرد الولد وقيمة الام وهو القياس وأما ان كان متولدا على غير خلقة الاصل وصورته ففيه قولان أحدهما أن للغاصب ذلك المتولد والثانى انه يلزمه رده مع الشئ المغصوب ان كان قائما أو قيمتها ان ادعى تلفها ولم يعرف ذلك الا من قوله فان تلف الشئ المغصوب كان مخيرا بين أن يضمنه بقيمته ولا شئ له فى الغلة و بين أن يأخذه بالغلة ولا شئ له من القيمة وأما ما كان غير متولد فاختلفوا فيه على خمسة أقوال أحدها أنه لا يلزمه رده جملة من غير تفصيل والثانى أنه يلزمه رده من غير تفصيل أيضا والثالث أنه يلزمه الرد ان أكرى ولا يلزمه الرد ان انتفع أو عطل والرابع يلزمه ان أكرى أو انتفع ولا يلزمه ان عطل والخامس الفرق بين الحيوان والاصول أعنى انه يرد قيمة منافع الاصول ولا يرد قيمة منافع الحيوان وهذا كله فيما اغتل من العين المغصوبة مع عينها وقيامها وأما ما اغتل منها بتصريفها وتحويل عينها كالدنانير فيغتصبها فيتجر بها فيربح فالغلة له قولا واحدا فى المذهب وقال قوم الربح للمغصوب وهذا أيضا اذا قصد غصب الاصل وأما اذا قصد غصب الغلة دون الاصل فهو ضامن للغلة

بالطلاق ولا خلاف فى ذلك سواء عطل أو انتفع أو أكرى كان مما يزال به أو بما لا يزال به وقال أبو حنيفة انه من تعدى على دابة رجل فركبها أو حمل عليها فلا كراء عليه فى ركوبه اياها ولا فى حمله لانه ضامن لها ان تلفت فى تعديه وهذا قوله فى كل ما ينقل و يحول فانه لما رأى أنه قد ضمنه بالتعدى وصار فى ذمته جازت له المنفعة كما تقول المالكية فيما تجر به من المال المغصوب وان كان الفرق بينهما ان الذى تجر به تحولت عينه وهذا لم تتحول عينه وسبب اختلافهم فى هل يرد الغاصب الغلة أو لا يردها اختلافهم فى تعميم قوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق وذلك أن قوله عليه الصلاة والسلام هذا خرج على سبب وهو فى غلام قيم فيه بعيب فأراد الذى صرف عليه أن يرد المشترى غلته واذا خرج العام على سبب هل يقصر على سببه أم يحمل على عمومه فيه خلاف بين فقهاء الأمصار مشهور فمن قصر ههنا هذا الحكم على سببه قال انما تجب الغلة من قبل الضمان فيما صار الى الانسان بشبهة مثل أن يشترى شيأ فيستغله فيستحق منه وأما ما صار اليه بغير وجه شبهة فلا تجوز له الغلة لأنه ظالم وليس لعرق ظالم حق فعمم هذا الحديث فى الأصل والغلة أعنى عموم هذا الحديث وخصص الثانى وأما من عكس الامر فعمم قوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان على أكثر من السبب الذى خرج عليه وخصص قوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق بأن جعل ذلك فى الرقبة دون الغلة قال لا يرد الغلة الغاصب وأما من المعنى كما تقدم من قولنا فالقياس أن تجرى المنافع والأعيان المتولدة مجرى واحدا وأن يعتبر التضمين أو لا يعتبر وأما سائر الاقاويل التى بين هذين فهى استحسان وأجمع العلماء على أن من اغترس نخلا أو ثمرا وبالجملة نباتا فى غير أرضه انه يؤمر بالقلع لما ثبت من حديث مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أحيا أرضا ميتة فهى له وليس لعرق ظالم حق والعرق الظالم عندهم هو ما اغترس فى أرض الغير وروى أبو داود فى هذا الحديث زيادة قال عروة ولقد حدثنى الذى حدثنى هذا الحديث أن رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم غرس أحدهما نخلا فى أرض الآخر فقضى لصاحب الأرض

بأرضه وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها قال فلقد رأيتها وانها لتضرب أصولها بالفؤوس وانها النخل عم حتى أخرجت منها الا ماروى فى المشهور عن مالك ان من زرع زرعا فى أرض غيره وفات أوان زراعته لم يكن لصاحب الأرض أن يقلع زرعه وكان على الزارع كراء الأرض وقد روى عنه مايشبه قياس قول الجمهور وعلى قوله ان كل مالا ينتفع الغاصب به اذا قلعه وأزاله انه للمغصوب يكون الزرع على هذا للزارع وفرق قوم بين الزرع والثمار فقالوا الزارع فى أرض غيره له نفقته وزريعته وهو قول كثير من أهل المدينة وبه قال أبو عبيد وروى عن رافع بن خديج أنه قال عليه الصلاة والسلام من زرع فى ارض قوم بغير اذنهم فله نفقته وليس له من الزرع شئ واختلف العلماء فى القضاء فيما أفسدته المواشى والدواب على أربعة اقوال احدها ان كل دابة مرسلة فصاحبها ضامن لما أفسدته والثانى ان لاضمان عليه والثالث ان الضمان على أرباب البهائم بالليل ولاضمان عليهم فيما افسدته بالنهار والرابع وجوب الضمان فى غير المنفلت ولاضمان فى المنفلت وممن قال يضمن بالليل ولا يضمن بالنهار مالك والشافعى وبأن لاضمان عليهم أصلا قال أبو حنيفة واصحابه وبالضمان باطلاق قال الليث الا ان الليث قال لايضمن أكثر من قيمة الماشية والقول الرابع مروى عن عمر رضى الله عنه فعمدة مالك والشافعى فى هذا الباب شيئان أحدهما قوله تعالى (وداود وسليمان اذ يحكمان فى الحرث اذ نفشت فيه غنم القوم) والنفش عند أهل اللغة لا يكون الا بالليل وهذا الاحتجاج على مذهب من يرى انا مخاطبون بشرع من قبلنا والثانى مرسله عن ابن شهاب أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فافسدت فيه فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان على أهل الحوائط بالنهار حفظها وان ماأفسدته المواشى بالليل ضامن على أهلها أى مضمون وعمدة أبى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام العجماء جرحها جبار وقال الطحاوى وتحقيق مذهب أبى حنيفة انه لايضمن اذا ارسلها محفوظة فأما اذا لم يرسلها محفوظة فيضمن والمالكية تقول من شرط قولنا ان تكون الغنم فى المسرح واما اذا كانت فى ارض مزرعة لا مسرح فيها فهم يضمنون ليلا ونهارا وعمدة من رأى الضمان فيما افسدت ليلا ونهارا شهادة الاصول له وذلك أنه تعد من المرسل والأصول على ان على المتعدى

الضمان ووجه من فرق بين المنفلت وغير المنفلت بين فان المنفلت لا يملك فسبب الخلاف في هذا الباب معارضة الأصل للسمع ومعارضة السماع بعضه لبعض اعني ان الأصل يعارض جرح العجماء جبار و يعارض ايضا التفرقة التي في حديث البراء وكذلك التفرقة التي في حديث البراء تعارض ايضا قوله جرح العجماء جبار ومن مسائل هذا الباب المشهورة اختلافهم في حكم ما يصاب من اعضاء الحيوان فروى عن عمر بن الخطاب انه قضى في عين الدابة بربع ثمنها وكتب الى شريح فأمره بذلك و به قال الكوفيون وقضى به عمر بن عبد العزيز وقال الشافعي ومالك يلزم فيما اصيب من البهيمة ما نقص في ثمنها قياسا على التعدى في الاموال والكوفيون اعتمدوا في ذلك على قول عمر رضي الله عنه وقالوا اذا قال الصاحب قولا ولا مخالف له من الصحابة وقوله مع هذا مخالف للقياس وجب العمل به لانه يعلم انه انما صار الى القول به من جهة التوقيف فسبب الخلاف اذا معارضة القياس لقول الصاحب ومن هذا الباب اختلافهم في الجمل الصؤل وما اشبهه يخاف الرجل على نفسه فيقتله هل يجب عليه غرمه ام لا فقال مالك والشافعي لا غرم عليه اذا بان انه خافه على نفسه وقال ابو حنيفة والثوري يضمن قيمته على كل حال وعمدة من لم ير الضمان القياس على من قصد رجلا فأراد قتله فدافع المقصود عن نفسه فقتل في المدافعة القاصد المتعدى انه ليس عليه قود واذا كان ذلك في النفس كان في المال احرى لان النفس اعظم حرمة من المال وقياسا ايضا على اهدار دم الصيد الحرمى اذا صال و به تمسك حذاق اصحاب الشافعي وعمدة ابي حنيفة ان الاموال تضمن بالضرورة اليها اصله المضطر الى طعام الغير ولا حرمة للبعير من جهة ما هو ذو نفس ومن هذا الباب اختلافهم في المكرهة على الزنا هل على مكرهها مع الحد صداق ام لا فقال مالك والشافعي والليث عليه الصداق والحد جميعا وقال ابو حنيفة والثوري عليه الحد ولا صداق عليه وهو قول ابن شبرمة وعمدة مالك انه وجب عليه حقان حق لله وحق للآدمي فلم يسقط احدهما الآخر اصله السرقة التي يجب بها عندهم غرم المال والقطع واما من لم يوجب الصداق فتعلق في ذلك بمعنيين احدهما انه اذا اجتمع حقان حق لله وحق للمخلوق سقط حق المخلوق لحق الله وهذا على رأي الكوفيين في أنه

لايجمع على السارق غرم وقطع والمعنى الثانى أن الصداق ليس مقابل البضع وانما هو عبادة اذ كان النكاح شرعيا واذا كان ذلك كذلك فلاصداق فى النكاح الذى على غير الشرع ومن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب من غصب اسطوانة فبنى عليها بناء يساوى قائما أضعاف قيمة الاسطوانة فقال مالك والشافعى يحكم على الغاصب بالهدم ويأخذ المغصوب منه اسطوانته وقال أبو حنيفة تفوت بالقيمة كقول مالك فيمن غير المغصوب بصناعة لها قيمة كثيرة وعند الشافعى لا يفوت المغصوب بشئ من الزيادة وههنا انقضى هذا الكتاب

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما ﴾

(كتاب الاستحقاق)

وجل النظر فى هذا الكتاب هو فى أحكام الاستحقاق وتحصيل أصول أحكام هذا الكتاب أن الشئ المستحق من يد انسان بما تثبت به الأشياء فى الشرع لمستحقها اذا صار الى ذلك الانسان الذى استحق من يده الشئ المستحق بشراء أنه لايخلو من أن يستحق من ذلك الشئ أقله أوكله أو جله ثم اذا استحق منه كله أو جله فلا يخلو أن يكون قد تغير عند الذى هو بيده بزيادة أو نقصان أو يكون لم يتغير ثم لايخلو أيضا أن يكون المستحق منه قد اشتراه بثمن أو مثمون فأما ان كان استحق منه أقله فانه انما يرجع عند مالك على الذى اشتراه منه بقيمة ما استحق من يده وليس له أن يرجع بالجيع وأما ان كان استحق كله أو جله فان كان لم يتغير أخذه المستحق ورجع المستحق من يده على الذى اشتراه منه بثمن ما اشتراه منه ان كان اشتراه بثمن وان كان اشتراه بالمثمون رجع بالمثمون بعينه ان كان لم يتغير فان تغير تغييرا يوجب اختلاف قيمته رجع بقيمته يوم الشراء وان كان المال المستحق قد بيع فان للمستحق أن يمضى البيع ويأخذ الثمن أو يأخذه بعينه فهذا حكم المستحق والمستحق من يده مالم يتغير الشئ المستحق فان تغير الشئ المستحق فلايخلو أن يتغير بزيادة أونقصان فأما ان كان تغير بزيادة فلايخلو أن يتغير بزيادة من قبل الذى استحق من يده الشئ أو بزيادة من ذات الشئ فأما الزيادة من ذات الشئ فيأخذها المستحق

مثل أن تسمن الجارية أو يكبر الغلام وأما الزيادة من قبل المستحق منه فمثل أن
يشترى الدار فيبنى فيها فتستحق من يده فانه مخير بين أن يدفع قيمة الزيادة ويأخذ
ما استحقه وبين أن يدفع اليه المستحق من يده قيمة ما استحق أو يكونا شريكين
هذا بقدر قيمة ما استحق من يده وهذا بقدر قيمة ما بنى أو ما غرس وهو قضاء عمر
ابن الخطاب وأما ان كانت الزيادة ولادة من قبل المستحق منه مثل أن يشترى أمة
فيولدها ثم تستحق منه أو يزوجها على أنها حرة فتخرج أمة فانهم اتفقوا على أن
المستحق ليس له أن يأخذ أعيان الولد واختلفوا فى أخذ قيمتهم وأما الام فقيل
يأخذها بعينها وقيل يأخذ قيمتها وأما ان كان الولد بنكاح فاستحقت بعبودية
فلا خلاف أن لسيدها أن يأخذها ويرجع الزوج بالصداق على من غره واذا ألزمناه
قيمة الولد لم يرجع بذلك على من غره لان الغرور لم يتعلق بالولد وأما غلة الشئ المستحق
فانه اذا كان ضامنا بشبهة ملك فلا خلاف ان الغلة للمستحق منه وأعنى بالضمان أنها
تكون من خسارته اذا هلكت عنده وأما اذا كان غير ضامن مثل أن يكون وارثا
فيطرأ عليه وارث آخر فيستحق بعض ما فى يده فانه يرد الغلة وأما ان كان غير ضامن
الا أنه ادعى فى ذلك ثمنا مثل العبد يستحق بحرية فانه وان هلك عنده يرجع بالثمن
ففيه قولان أنه لا يضمن اذا لم يجد على من يرجع ويضمن اذا وجد على من يرجع
وأما من أى وقت تصح الغلة للمستحق فقيل يوم الحكم وقيل من يوم ثبوت الحق
وقيل من يوم توقيفه واذا قلنا ان الغلة تجب للمستحق فى أحد هذه الاوقات الثلاثة
فاذا كانت أصولا فيها ثمر فأدرك هذا الوقت الثمر ولم يقطف بعده فقيل انها للمستحق
ما لم تقطف وقيل ما لم تيبس وقيل ما لم يطب ويرجع عليه بما سقى وعالج المستحق من
يديه وهذا ان كان اشترى الاصول قبل الابار وأما ان كان اشتراها بعد الابار فالثمرة
للمستحق عند ابن القاسم ان جذت ويرجع بالسقى والعلاج وقال أشهب هى للمستحق
ما لم تجذ والارض اذا استحقت فالكراء انما هو للمستحق ان وقع الاستحقاق
فى ابان زريعة الارض وأما اذا خرج الابان فقد وجب كراء الارض للمستحق منه
وأما ان كان تغير بنقصان فان كان من غير سبب المستحق من يديه فلا شئ على
المستحق من يديه وأما ان كان أخذ له ثمنا مثل أن يهدم الدار فيبيع نقضها ثم

يستحقها من يده رجل آخر فانه يرجع عليه بثمن ما باع من النقض قال القاضى ولم أجد في هذا الباب خلافا يعتمد عليه فيما نقلته فيه من مذهب مالك وأصحابه وهى أصولهم في هذا الباب ولكن يجئ على أصول الغير انه اذا كان المستحق مشترى بعرض وكان العرض قد ذهب أن يرجع المستحق من يده بعرض مثله لا بقيمته وهم الذين يرون فى جميع المتلفات المثل وكذلك يجئ على أصول الغير أن يرجع على المشترى اذا استحق منه قليل أو كثير لانه لم يدخل على الباقى ولا انعقد عليه بيع ولا وقع به تراض كمل كتاب الاستحقاق بحمد الله

﴿بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما﴾

(كتاب الهبات)

والنظر فى الهبة فى أركانها وفى شروطها وفى أنواعها وفى أحكامها ونحن فانما نذكر من هذه الاجناس ما فيها من المسائل المشهورة (فنقول) أما الاركان فهى ثلاثة الواهب والموهوب له والهبة أما الواهب فانهم اتفقوا على انه تجوز هبته اذا كان مالكا للموهوب صحيح الملك وذلك اذا كان فى حال الصحة وحال اطلاق اليد واختلفوا فى حال المرض وفى حال السفه والفلس أما المريض فقال الجمهور انها فى ثلثه تشبيها بالوصية أعنى الهبة التامة بشروطها وقالت طائفة من السلف وجماعة أهل الظاهر ان هبته تخرج من رأس ماله اذا مات ولا خلاف بينهم أنه اذا صح من مرضه أن الهبة صحيحة وعمدة الجمهور حديث عمران بن حصين عن النبى عليه الصلاة والسلام فى الذى أعتق ستة أعبد عند موته فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعتق ثلثهم وأرق الباقى وعمدة أهل الظاهر استصحاب الحال أعنى حال الاجماع وذلك أنهم لما اتفقوا على جواز هبته فى الصحة وجب استصحاب حكم الاجماع فى المرض الا أن يدل دليل من كتاب أو سنة بينة والحديث عندهم محمول على الوصية والامراض التى يحجر فيها عند الجمهور هى الامراض المخوفة وكذلك عند مالك الحالات المخوفة مثل الكون بين الصفين وقرب الحامل من الوضع وراكب البحر المرتج وفيه اختلاف وأما الامراض المزمنة فليس عندهم فيها تحجير وقد تقدم هذا فى كتاب الحجر وأما السفهاء والمفلسون فلا خلاف عند من يقول بالحجر عليهم ان

هبتهم غير ماضية وأما الموهوب فكل شئ صح ملكه واتفقوا على أن للانسان
ان يهب جميع ماله للاجنبي واختلفوا فى تفضيل الرجل بعض ولده على بعض فى الهبة
أو فى هبة جميع ماله لبعضهم دون بعض فقال جمهور فقهاء الامصار بكراهية ذلك
له ولكن اذا وقع عندهم جاز وقال أهل الظاهر لا يجوز التفضيل فضلا عن ان
يهب بعضهم جميع ماله وقال مالك يجوز التفضيل ولا يجوز ان يهب بعضهم جميع المال
دون بعض ودليل أهل الظاهر حديث النعمان بن بشير وهو حديث متفق على صحته
وان كان قد اختلف فى ألفاظه والحديث أنه قال ان أباه بشيرا أتى به الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال انى نحلت ابنى هذا غلاما كان لى فقال رسول الله صلى
الله عليه وسلم أكل ولدك نحلته مثل هذا قال لا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
فارتجعه واتفق مالك والبخارى ومسلم على هذا اللفظ قالوا والارتجاع يقتضى بطلان
الهبة وفى بعض ألفاظ روايات هذا الحديث أنه قال عليه الصلاة والسلام هذا جور وعمدة
الجمهور ان الاجماع منعقد على ان للرجل ان يهب فى صحته جميع ماله للاجانب دون
أولاده فاذا كان ذلك للاجنبى فهو للولد احرى واحتجوا بحديث ابى بكر المشهور
انه كان نحل عائشة جذاذ عشرين وسقا من مال الغابة فلما حضرته الوفاة قال والله
يا بنية ما من الناس احد احب الى غنى بعدى منك ولا اعز على فقرا بعدى منك
وانى كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا فلو كنت جذذتيه واحترتيه كان لك وانما هو
اليوم مال وارث قالوا وذلك الحديث المراد به الندب والدليل على ذلك ان فى بعض
رواياته الست تريد ان يكونوا لك فى البر واللطف سواء قال نعم قال فاشهد على هذا غيرى
واما مالك فانه راى ان النهى عن ان يهب الرجل جميع ماله لواحد من ولده هو احرى
ان يحمل على الوجوب فاوجب عنده مفهوم هذا الحديث النهى عن ان يخص الرجل
بعض اولاده بجميع ماله فسبب الخلاف فى هذه المسئلة معارضة القياس للفظ النهى
الوارد وذلك ان النهى يقتضى عند الاكثر بصيغته التحريم كما يقتضى الامر
الوجوب فمن ذهب الى الجمع بين السماع والقياس حمل الحديث على الندب اوخصصه
فى بعض الصور كما فعل مالك ولا خلاف عند القائلين بالقياس انه يجوز تخصيص عموم
السنة بالقياس وكذلك العدول بها عن ظاهرها اعنى ان يعدل بلفظ النهى عن

مفهوم الحظر الى مفهوم الكراهية وأما أهل الظاهر فلما لم يجز عندهم القياس في الشرع اعتمدوا ظاهر الحديث وقالوا بتحريم التفضيل في الهبة واختلفوا من هذا الباب في جواز هبة المشاع غير المقسوم فقال مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور تصح وقال أبو حنيفة لا تصح وعمدة الجماعة أن القبض فيها يصح كالقبض في البيع وعمدة أبي حنيفة أن القبض فيها لا يصح الا مفردة كالرهن ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود و بالجملة كل مالا يصح بيعه في الشرع من جهة الغرر وقال الشافعي ما جاز بيعه جازت هبته كالدين ومالم يجز بيعه لم تجز هبته وكل مالا يصح قبضه عند الشافعي لا تصح هبته كالدين والرهن وأما الهبة فلابد من الايجاب فيها والقبول عند الجميع ومن شرط الموهوب له أن يكون ممن يصح قبوله وقبضه وأما الشروط فأشهرها القبض أعني ان العلماء اختلفوا هل القبض شرط في صحة العقد أم لا فاتفق الثوري والشافعي وأبو حنيفة ان من شرط صحة الهبة القبض وأنه اذا لم يقبض لم يلزم الواهب وقال مالك ينعقد بالقول و يجبر على القبض كالبيع سواء فان تأنى الموهوب له عن طلب القبض حتى أفلس الواهب أو مرض بطلت الهبة وله اذا باع تفصيل ان علم فتوانى لم يكن له الا الثمن وان قام في الفور كان له الموهوب فمالك القبض عنده في الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة وهو عند الشافعي وأبي حنيفة من شروط الصحة وقال أحمد وأبو ثور تصح الهبة بالعقد وليس القبض من شروطها أصلا لا من شرط تمام ولا من شرط صحة وهو قول أهل الظاهر وقد روي عن أحمد بن حنبل ان القبض من شروطها في المكيل والموزون فعمدة من لم يشترط القبض في الهبة تشبيهها بالبيع وأن الأصل في العقود ان لا قبض مشترط في صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض وعمدة من اشترط القبض ان ذلك مروي عن أبي بكر رضي الله عنه في حديث هبته لعائشة المتقدم وهو نص في اشتراط القبض في صحة الهبة وما روى مالك عن عمر أيضا أنه قال ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلا ثم يمسكونها فان مات ابن أحدهم قال مالي بيدي لم أعطه أحدا وان مات قال هو لابني قد كنت أعطيته اياه فمن نحل نحلة فلم يحزها الذي نحلها للمنحول له وأبقاها حتى تكون ان مات لورثته فهي باطلة وهو قول علي قالوا وهو اجماع من الصحابة لانه لم

ينقل عنهم فى ذلك خلاف وأما مالك فاعتمد الامرين جميعا أعنى القياس وماروى عن الصحابة وجمع بينهما فمن حيث هى عقد من العقود لم يكن عنده شرطا من شروط صحتها القبض ومن حيث شرطت الصحابة فيه القبض لسد الذريعة التى ذكرها عمر جعل القبض فيها من شرط التمام ومن حق الموهوب له وأنه ان تراخى حتى يفوت القبض بمرض أو افلاس على الواهب سقط حقه وجمهور فقهاء الامصار على ان الاب يحوز لابنه الصغير الذى فى ولاية نظره وللكبير السفيه الذى ماوهبه له كما يحوز لهما ماوهبه غيره لهم وأنه يكفى فى الحيازة له اشهاده بالهبة والاعلان بذلك وذلك كله فيما عدا الذهب والفضة وفيما لا يتعين والأصل فى ذلك عندهم ما رواه مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عثمان بن عفان قال من نحل ابناله صغيرا لم يبلغ ان يحوز نحلته فاعلن ذلك وأشهد عليه فهى حيازة وان وليها وقال مالك وأصحابه لابد من الحيازة فى المسكون والملبوس فان كانت دارا سكن فيها خرج منها وكذلك الملبوس ان لبسه بطلت الهبة وقالوا فى سائر العروض بمثل قول الفقهاء أعنى انه يكفى فى ذلك اعلانه واشهاده وأما الذهب والورق فاختلفت الرواية فيه عن مالك فروى عنه أنه لا يجوز الا ان يخرجه الاب عن يده الى يد غيره وروى عنه أنه يجوز اذا جعلها فى ظرف أو اناء وختم عليها بخاتم وأشهد على ذلك الشهود ولا خلاف بين أصحاب مالك ان الوصى يقوم فى ذلك مقام الاب واختلفوا فى الام فقال ابن القاسم لا تقوم مقام الاب ورواه عن مالك وقال غيره من أصحابه تقوم وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى الجد بمنزلة الأب والجدة عند ابن وهب أم الأم تقوم مقام الأم والأم عنده تقوم مقام الأب

(القول فى أنواع الهبات)

والهبة منها ماهى هبة عين ومنها ماهى هبة منفعة وهبة العين منها ما يقصد بها الثواب ومنها مالا يقصد بها الثواب والتى يقصد بها الثواب منها ما يقصد بها وجه الله ومنها ما يقصد به وجه المخلوق فأما الهبة لغير الثواب فلا خلاف فى جوازها وانما اختلفوا فى أحكامها وأما هبة الثواب فاختلفوا فيها فاجازها مالك وأبو حنيفة ومنعها الشافعى وبه قال داود وأبو ثور وسبب الخلاف هل هى بيع مجهول الثمن أوليس بيعا مجهول الثمن فمن رآه بيعا مجهول الثمن قال هو من بيوع الغرر التى لا تجوز ومن

لم يرانها بيع مجهول قال يجوز وكأن مالكا جعل العرف فيها بمنزلة الشرط وهو ثواب مثلها ولذلك اختلف القول عندهم اذا لم يرض الواهب بالثواب ما الحكم فقيل تلزمه الهبة اذا أعطاه الموهوب القيمة وقيل لا تلزمه الا أن يرضيه وهو قول عمر على ماسيأتي بعد فاذا اشترط فيه الرضا فليس هنالك بيع انعقد والاول هو المشهور عن مالك وأما اذا ألزم القيمة فهنالك بيع انعقد وانما يحمل مالك الهبة على الثواب اذا اختلفوا في ذلك وخصوصا اذا دلت قرينة الحال على ذلك مثل أن يهب الفقير للغني أو لمن يرى انه انما قصد بذلك الثواب وأما هبات المنافع فنها ماهي مؤجلة وهذه تسمى عارية ومنحة وما أشبه ذلك ومنها ما يشترط فيها ما بقيت حياة الموهوب له وهذه تسمى العمرى مثل أن يهب رجل رجلا سكنى دار حياته وهذه اختلف العلماء فيها على ثلاثة أقوال أحدها انها هبة مبتوتة أي انها هبة للرقبة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد وجماعة والقول الثاني انه ليس للعمر فيها الا المنفعة فاذا مات عادت الرقبة للمعمر أو الى ورثته وبه قال مالك وأصحابه وعنده انه ان ذكر العقب عادت اذا انقطع العقب الى المعمر أو الى ورثته والقول الثالث انه اذا قال هي عمرى لك ولعقبك كانت الرقبة ملكا للمعمر فاذا لم يذكر العقب عادت الرقبة بعد موت المعمر للمعمر أو لورثته وبه قال داود وأبو ثور وسبب الخلاف في هذا الباب اختلاف الآثار ومعارضة الشرط والعمل للاثر اما الأثر في ذلك فحديثان أحدهما متفق على صحته وهو مارواه مالك عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فانها للذي يعطاها لا ترجع الى الذي أعطاها أبدا لانه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث والحديث الثاني حديث أبي الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يامعشر الانصار امسكوا عليكم أموالكم ولا تعمروها فمن أعمر شيأ حياته فهو له حياته ومماته وقد روي عن جابر بلفظ آخر لا تعمروا ولا ترقبوا فمن أعمر شيأ أو أرقبه فهو لورثته فحديث أبي الزبير عن جابر مخالف لشرط المعمر وحديث مالك عنه مخالف أيضا لشرط المعمر الا انه يخيل انه أقل في المخالفة وذلك ان ذكر العقب يوهم تبتيت العطية فمن غلب الحديث على الشرط قال بحديث أبي الزبير عن جابر وحديث مالك عن جابر ومن غلب الشرط قال بقول

مالك وأما من قال ان العمرى تعود الى المعمر ان لم يذكر العقب ولا تعود ان ذكر فانه أخذ بظاهر الحديث وأما حديث أبى الزبير عن جابر فمختلف فيه أعنى رواية أبى الزبير عن جابر وأما اذا أتى بلفظ الاسكان فقال أسكنتك هذه الدار حياتك فالجمهور على ان الاسكان عندهم أو الاخدام بخلاف العمرى وان لفظ بالعقب فسوى مالك بين التعمير والاسكان وكان الحسن وعطاء وقتادة يسوون بين السكنى والتعمير فى انها لا تنصرف الى المسكن أبدا على قول الجمهور فى العمرى والحق ان الاسكان والتعمير معنى المفهوم منهما واحد وانه يجب ان يكون الحكم اذا صرح بالعقب مخالفا له اذا لم يصرح بذكر العقب على ما ذهب اليه أهل الظاهر

(القول فى الاحكام)

ومن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب جواز الاعتصار فى الهبة وهو الرجوع فيها فذهب مالك وجمهور علماء المدينة ان للاب ان يعتصر ما وهبه لابنه ما لم يتزوج الابن أو لم يستحدث دينا وبالجملة ما لم يترتب عليه حق الغير وان للام أيضا ان تعتصر ما وهبت ان كان الأب حيا وقد روى عن مالك انها لا تعتصر وقال أحمد وأهل الظاهر لا يجوز لأحد أن يعتصر ما وهبه وقال أبو حنيفة يجوز لكل أحد أن يعتصر ما وهبه الا ما وهب لذى رحم محرمة عليه وأجمعوا على ان الهبة التى يراد بها الصدقة أى وجه الله انه لا يجوز لاحد الرجوع فيها وسبب الخلاف فى هذا الباب تعارض الآثار فمن لم ير الاعتصار أصلا احتج بعموم الحديث الثابت وهو قوله عليه الصلاة والسلام العائد فى هبته كالكلب يعود فى قيئه ومن استثنى الأبوين احتج بحديث طاوس أنه قال عليه الصلاة والسلام لا يحل لواهب أن يرجع فى هبته الا الولد وقاس الأم على الوالد وقال الشافعى لو اتصل حديث طاوس لقلت به وقال غيره قد اتصل من طريق حسين المعلم وهو ثقة وأما من أجاز الاعتصار الا لذوى الرحم المحرمة فاحتج بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال من وهب هبة لصلة رحم أو على جهة صدقة فانه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى انه انما أراد الثواب بها فهو على هبته يرجع فيها اذا لم يرض منها قالوا وأيضا فان الاصل ان من وهب شيأ عن غير عوض انه لا يقضى عليه به كما لو وعد الا ما اتفقوا عليه من الهبة

على وجه الصدقة وجمهور العلماء على ان من تصدق على ابنه فمات الابن بعد ان حازها فانه يرثها وفى مرسلات مالك ان رجلا أنصاريا من الخزرج تصدق على أبويه بصدقة فهلكا فورث ابنهما المال وهو نخل فسأل عن ذلك النبي عليه الصلاة والسلام فقال قد أجرت فى صدقتك وخذها بميراثك وخرج أبو داود عن عبد الله بن بريدة عن أبيه عن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت كنت قد تصدقت على أمي بوليدة وانها ماتت وتركت تلك الوليدة فقال صلى الله عليه وسلم وجب أجرك ورجعت اليك بالميراث وقال أهل الظاهر لايجوز الاعتصار لاحد لعموم قوله عليه الصلاة والسلام لعمر لاتشتره فى الفرس الذى تصدق به فان العائد فى هبته كالكلب يعود فى قيئه والحديث متفق على صحته قال القاضى والرجوع فى الهبة ليس من محاسن الاخلاق والشارع عليه الصلاة والسلام انما بعث ليتمم محاسن الاخلاق وهذا القدر كاف فى هذا الباب

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الوصايا ﴾

والنظر فيها ينقسم أولا قسمين القسم الأول النظر فى الأركان والثانى فى الأحكام ونحن فانما نتكلم من هذه فيما وقع فيها من المسائل المشهورة

(القول فى الاركان)

والأركان أربعة الموصى والموصى له والموصى به والوصية أما الموصى فاتفقوا على انه كل مالك صحيح الملك ويصح عند مالك وصية السفيه والصبى الذى يعقل القرب وقال أبو حنيفة لاتجوز وصية الصبى الذى لم يبلغ وعن الشافعى القولان وكذلك وصية الكافر تصح عندهم اذا لم يوص بمحرم وأما الموصى له فانهم اتفقوا على ان الوصية لاتجوز لوارث لقوله عليه الصلاة والسلام لاوصية لوارث واختلفوا هل تجوز لغير القرابة فقال جمهور العلماء انها تجوز لغير الاقربين مع الكراهية وقال الحسن وطاوس ترد الوصية على القرابة وبه قال اسحق وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى (الوصية للوالدين

والأقربين) والالف واللام تقتضى الحصر واحتج الجمهور بحديث عمران ابن الحصين المشهور وهو ان رجلا أعتق ستة أعبدله فى مرضه عندموته لامال له غيرهم فاقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فاعتق اثنين وأرق أربعة والعبيد غير القرابة وأجمعوا كما قلنا انها لاتجوز لوارث اذا لم يجزها الورثة واختلفوا كما قلنا اذا أجازتها الورثة فقال الجمهور تجوز وقال أهل الظاهر والمزنى لاتجوز وسبب الخلاف هل المنع لعلة الورثة أوعبادة فمن قال عبادة قال لاتجوز وان أجازها الورثة ومن قال بالمنع لحق الورثة أجازها اذا أجازها الورثة وتردد هذا الخلاف راجع الى تردد المفهوم من قوله عليه الصلاة والسلام لاوصية لوارث هل هو معقول المعنى أم ليس بمعقول واختلفوا فى الوصية للميت فقال قوم تبطل بموت الموصى له وهم الجمهور وقال قوم لا تبطل وفى الوصية للقاتل خطأ وعمدا وفى هذا الباب فرع مشهور وهو اذا أذن الورثة للميت هل لهم أن يرجعوا فى ذلك بعد موته فقيل لهم وقيل ليس لهم وقيل بالفرق بين أن يكون الورثة فى عيال الميت أولا يكونوا أعنى انهم ان كانوا فى عياله كان لهم الرجوع والثلاثة الأقوال فى المذهب

(القول فى الموصى به)

والنظر فى جنسه وقدره أما جنسه فانهم اتفقوا على جواز الوصية فى الرقاب واختلفوا فى المنافع فقال جمهور فقهاء الأمصار ذلك جائز وقال ابن أبى ليلى وابن شبرمة وأهل الظاهر الوصية بالمنافع باطلة وعمدة الجمهور ان المنافع فى معنى الاموال وعمدة الطائفة الثانية ان المنافع منتقلة الى ملك الوارث لان الميت لاملك له فلا تصح له وصية بما يوجد فى ملك غيره والى هذا القول ذهب أبو عمر بن عبد البر وأما القدر فان العلماء اتفقوا على انه لاتجوز الوصية فى أكثر من الثلث لمن ترك ورثة واختلفوا فيمن لم يترك ورثة وفى القدر المستحب منها هل هو الثلث أودونه وانما صار الجميع الى ان الوصية لاتجوز فى أكثر من الثلث لمن له وارث بما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم انه عاد سعد بن أبى وقاص فقال له يارسول الله قد بلغ منى الوجع ماترى وأنا ذو مال ولا يرثنى الا ابنة لى أفاتصدق بثلثى مالى فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم لا فقال له

سعد فالشطر قال لا ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير انك أن تذر ورثتك أغنياء خير من ان تذرهم عالة يتكففون الناس فصار الناس لمكان هذا الحديث الى ان الوصية لا تجوز بأكثر من الثلث واختلفوا فى المستحب من ذلك فذهب قوم الى انه مادون الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام فى هذا الحديث والثلث كثير وقال بهذا كثير من السلف قال قتادة أوصى أبو بكر بالخمس وأوصى عمر بالربع والخمس أحب الى وأما من ذهب الى ان المستحب هو الثلث فانهم اعتمدوا على ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله جعل لكم فى الوصية ثلث أموالكم زيادة فى أعمالكم وهذا الحديث ضعيف عند أهل الحديث وثبت عن ابن عباس انه قال لو غض الناس فى الوصية من الثلث الى الربع لكان أحب الى لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الثلث والثلث كثير وأما اختلافهم فى جواز الوصية بأكثر من الثلث لمن لا وارث له فان مالكا لا يجيز ذلك والاوزاعى واختلف فيه قول أحمد وأجاز ذلك أبو حنيفة واسحق وهو قول ابن مسعود وسبب الخلاف هل هذا الحكم خاص بالعلة التى علله بها الشارع أم ليس بخاص وهو أن لا يترك ورثته عالة يتكففون الناس كما قال عليه الصلاة والسلام انك أن تذر ورثتك أغنياء خير من ان تذرهم عالة يتكففون الناس فمن جعل هذا السبب خاصا وجب ان يرتفع الحكم بارتفاع هذه العلة ومن جعل الحكم عبادة وان كان قد علل بعلة أو جعل جميع المسلمين فى هذا المعنى بمنزلة الورثة قال لا تجوز الوصية باطلاق بأكثر من الثلث

(القول فى المعنى الذى يدل عليه لفظ الوصية)

والوصية بالجملة هى هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لاشخاص بعد موته أو عتق غلامه سواء صرح بلفظ الوصية أولم يصرح به وهذا العقد عندهم هو من العقود الجائزة باتفاق أعنى ان للموصى ان يرجع فيما أوصى به الا المدبر فانهم اختلفوا فيه على ماسيأتى فى كتاب التدبير وأجمعوا على أنه لا يجب للموصى له الا بعد موت الموصى واختلفوا فى قبول الموصى له هل هو شرط فى صحتها أم لا فقال مالك قبول الموصى له اياها شرط فى صحة الوصية وروى عن الشافعى انه ليس القبول شرطا فى صحتها ومالك شبهها بالهبة

القول فى الاحكام

وهذه الاحكام منها القطعية ومنها حسابية ومنها حكمية فمن مسائلهم المشهورة الحكمية
اختلافهم فى حكم من أوصى بثلث ماله لرجل وعين ماأوصى له به فى ماله مما هو الثلث
فقال الورثة ذلك الذى عين أكثر من الثلث فقال مالك الورثة مخيرون بين ان يعطوه
ذلك الذى عينه الموصى أو يعطوه الثلث من جميع مال الميت وخالفه فى ذلك أبو حنيفة
والشافعى وأبو ثور وأحمد وداود وعمدتهم أن الوصية قد وجبت للموصى له بموت الموصى
وقبوله اياها باتفاق فكيف ينقل عن ملكه ماوجب له بغير طيب نفس منه وتغير
الوصية وعمدة مالك امكان صدق الورثة فيما ادعوه وما أحسن ماراًى أبو عمر بن عبد
البر فى هذه المسئلة وذلك أنه قال اذا ادعى الورثة ذلك كلفوا بيان ماادعوا فان ثبت
ذلك أخذ منه الموصى له قدر الثلث من ذلك الشئ الموصى به وكان شريكا للورثة وان
كان الثلث فأقل جبروا على اخراجه واذا لم يختلفوا فى أن ذلك الشئ الموصئ به هو فوق
الثلث فعند مالك ان الورثة مخيرون بين ان يدفعوا اليه ماوصى له به أو يفرجوا له عن
جميع ثلث مال الميت امافى ذلك الشئ بعينه واما فى جميع المال على اختلاف الرواية عن
مالك فى ذلك وقال أبو حنيفة والشافعى له ثلث تلك العين ويكون بباقيه شريكا
للورثة فى جميع ماترك الميت حتى يستوفى تمام الثلث وسبب الخلاف أن الميت لما
تعدى فى ان جعل وصيته فى شئ بعينه فهل الأعدل فى حق الورثة ان يخيروا بين امضاء
الوصية أو يفرجوا له الى غاية مايجوز للميت ان يخرج عنهم من ماله أو يبطل التعدى
ويعود ذلك الحق مشتركا وهذا هو الأولى اذا قلنا ان التعدى هو فى التعيين لكونه
أكثر من الثلث أعنى ان الواجب ان يسقط التعيين وأما ان يكلف الورثة أن يمضوا
التعيين أو يتخلوا عن جميع الثلث فهو حمل عليهم ومن هذا الباب اختلافهم فيمن
وجبت عليه زكاة فمات ولم يوص بها واذا وصى بها فهل هى من الثلث أو من رأس
المال فقال مالك اذا لم يوص بها لم يلزم الورثة اخراجها وقال الشافعى يلزم الورثة اخراجها
من رأس المال واذا وصى بها فعند مالك يلزم الورثة اخراجها وهى عنده من الثلث
وهى عند الشافعى فى الوجهين من رأس المال شبهها بالدين لقول رسول الله صلى الله
عليه وسلم فدين الله أحق ان يقضى وكذلك الكفارات الواجبة والحج الواجب عنده

ومالك يجعلها من جنس الوصايا بالتوصية باخراجها بعد الموت ولا خلاف انه لو أخرجها في الحياة انها من رأس المال ولو كان في السياق وكأن مالكا اتهمه هنا على الورثة أعني في توصيته باخراجها قال ولو أجيز هذا لجاز للانسان ان يؤخر جميع زكاته طول عمره اذا دنا من الموت وصى بها فاذا زاحمت الوصايا الزكاة قدمت عند مالك على ما هو أضعف منها وقال أبو حنيفة هي وسائر الوصايا سواء يريد في المحاصة واتفق مالك وجميع أصحابه على أن الوصايا التي يضيق عنها الثلث اذا كانت مستوية انها تتحاص في الثلث واذا كان بعضها أهم من بعض قدم الاهم واختلفوا في الترتيب على ما هو مسطور في كتبهم ومن مسائلهم الحسابية المشهورة في هذا الباب اذا أوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بثلثيه ورد الورثة الزائد فعند مالك والشافعي انهما يقتسمان الثلث بينهما أخماسا وقال أبو حنيفة بل يقتسمان الثلث بالسوية وسبب الخلاف هل الزائد على الثلث الساقط هل يسقط الاعتبار به في القسمة كما يسقط في نفسه باسقاط الورثة فمن قال يبطل في نفسه ولا يبطل الاعتبار به في القسمة اذ كان مشاعا قال يقتسمون المال أخماسا ومن قال يبطل الاعتبار به كما لو كان معينا قال يقتسمون الباقي على السواء ومن مسائلهم اللفظية في هذا الباب اذا أوصى بجزء من ماله وله مال يعلم به ومال لا يعلم به فعند مالك ان الوصية تكون فيما علم به دون ما لم يعلم وعند الشافعي تكون في المالين وسبب الخلاف هل اسم المال الذي نطق به يتضمن ما علم وما لم يعلم أو ما علم فقط والمشهور عن مالك أن المدبر يكون في المالين اذا لم يخرج من المال الذي يعلم وفي هذا الباب فروع كثيرة وكلها راجعة الى هذه الثلاثة الأجناس ولا خلاف بينهم ان للرجل ان يوصي بعد موته بأولاده وأن هذه خلافة جزئية كالخلافة العظمى الكلية التي للامام ان يوصي بها

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

كتاب الفرائض

والنظر في هذا الكتاب فيمن يرث وفيمن لا يرث ومن يرث هل يرث دائما أو مع وارث دون وارث واذا ورث مع غيره فكم يرث وكذلك اذا ورث وحده كم يرث واذا ورث مع وارث فهل يختلف ذلك بحسب وارث وارث أو لا يختلف والتعليم في هذا

يمكن على وجوه كثيرة قد سلك أكثرها أهل الفرائض والسبيل الحاضرة فى ذلك بان يذكر حكم جنس جنس من أجناس الورثة اذا انفرد ذلك الجنس وحكمه مع سائر الأجناس الباقية مثال ذلك ان ينظر الى الولد اذا انفرد كم ميراثه ثم ينظر حاله مع سائر الأجناس الباقية من الوارثين فاما الأجناس الوارثة فهى ثلاثة ذوو نسب وأصهار وموالى فاما ذوو النسب فنها متفق عليها ومنها مختلف فيها فاما المتفق عليها فهى الفروع أعنى الاولاد والاصول أعنى الآباء والأجداد ذكورا كانوا أو اناثا وكذلك الفروع المشاركة للميت فى الأصل الادنى أعنى الاخوة ذكورا أو اناثا والمشاركة الادنى أوالابعد فى أصل واحد وهم الأعمام و بنو الاعمام وذلك الذكور من هؤلاء خاصة فقط وهؤلاء اذا فصلوا كانوا من الرجال عشرة ومن النساء سبعة أما الرجال فالابن وابن الابن وان سفل والاب والجد أبو الاب وان علا والاخ من أى جهة كان أعنى للام والاب أو لاحدهما وابن الاخ وان سفل والعم وابن العم وان سفل والزوج ومولى النعمة وأما النساء فالابنة وابنة الابن وان سفلت والام والجدة وان علت والاخت والزوجة والمولاة وأما المختلف فيهم فهم ذوو الارحام وهم من لا فرض لهم فى كتاب الله ولا هم عصبة وهم بالجملة بنو البنات و بنات الاخوة و بنو الاخوات و بنات الاعمام والعم أخو الاب للام فقط و بنو الاخوة للام والعمات والخالات والأخوال فذهب مالك والشافعى وأكثر فقهاء الأمصار وزيد بن ثابت من الصحابة الى أنه لا ميراث لهم وذهب سائر الصحابة وفقهاء العراق والكوفة والبصرة وجماعة من العلماء من سائر الآفاق الى توريثهم والذين قالوا بتوريثهم اختلفوا فى صفة توريثهم فذهب أبو حنيفة وأصحابه الى توريثهم على ترتيب العصبات وذهب سائر من ورثهم الى التنزيل وهو ان ينزل كل من أدلى منهم بذى سهم أو عصبة بمنزلة السبب الذى أدلى به وعمدة مالك ومن قال بقوله ان الفرائض لما كانت لا مجال للقياس فيها كان الاصل أن لا يثبت فيها شئ الا بكتاب أو سنة ثابتة أو اجماع وجميع ذلك معدوم فى هذه المسئلة وأما الفرقة الثانية فزعموا أن دليلهم على ذلك من الكتاب والسنة والقياس أما الكتاب فقوله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض) وقوله تعالى (للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون) واسم القرابة ينطلق على ذوى الارحام و يرى المخالف أن هذه

مخصوصة بآيات المواريث وأما السنة فاحتجوا بما خرجه الترمذى عن عمر بن الخطاب أنه كتب الى أبى عبيدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الله ورسوله مولى من لا مولى له والخال وارث من لا وارث له وأما من طريق المعنى فان القدماء من أصحاب أبى حنيفة قالوا ان ذوى الارحام أولى من المسلمين لانهم قد اجتمع لهم سببان القرابة والاسلام فاشبهوا تقديم الاخ الشقيق على الأخ للاب أعنى أن من اجتمع له سببان أولى ممن له سبب واحد وأما أبو زيد ومتأخر وأصحابه فشبهوا الارث بالولاية وقالوا لما كانت ولاية التجهيز والصلاة والدفن للميت عند فقد أصحاب الفروض والعصبات لذوى الارحام وجب ان يكون لهم ولاية الارث وللفريق الاول اعتراضات فى هذه المقاييس فيها ضعف واذ قد تقرر هذا فلنشرع فى ذكر جنس جنس من أجناس الوارثين ونذكر من ذلك ما يجرى مجرى الاصول من المسائل المشهورة المتفق عليها والمختلف فيها

﴿ميراث الصلب﴾ وأجمع المسلمون على أن ميراث الولد من والدهم ووالدتهم ان كانوا ذكورا واناثا معا هو ان للذكر منهم مثل حظ الانثيين وأن الابن الواحد اذا انفرد فله جميع المال وأن البنات اذا انفردن فكانت واحدة ان لها النصف وان كن ثلاثا فما فوق ذلك فلهن الثلثان واختلفوا فى الاثنتين فذهب الجمهور الى أن لهما الثلثين وروى عن ابن عباس انه قال للبنتين النصف والسبب فى اختلافهم تردد المفهوم فى قوله تعالى (فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك) هل حكم الاثنتين المسكوت عنه يلحق بحكم الثلاثة أو بحكم الواحدة والاظهر من باب دليل الخطاب انهما لاحقان بحكم الواحدة وقد قيل ان المشهور عن ابن عباس مثل قول الجمهور وقد روى عن ابن عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر بن عبد الله وعن جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطى البنتين الثلثين قال فيما أحسب أبو عمر بن عبد البر وعبد الله ابن عقيل قد قبل جماعة من أهل العلم حديثه وخالفهم آخرون وسبب الاتفاق فى هذه الجملة قوله تعالى (يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) الى قوله (وان كانت واحدة فلها النصف) وأجمعوا من هذا الباب على أن بنى البنين يقومون مقام البنين عند فقد البنين يرثون كما يرثون ويحجبون كما يحجبون

الاشئ روى عن مجاهد انه قال ولد الابن لا يحجبون الزوج من النصف الى الربع كما يحجب الولد نفسه ولا الزوجة من الربع الى الثمن ولا الام من الثلث الى السدس وأجمعوا على انه ليس لبنات الابن ميراث مع بنات الصلب اذا استكمل بنات المتوفى الثلثين واختلفوا اذا كان مع بنات الابن ذكر ابن ابن فى مرتبتهن أو أبعد منهن فقال جمهور فقهاء الامصار انه يعصب بنات الابن فيما فضل عن بنات الصلب فيقسمون المال للذكر مثل حظ الانثيين وبه قال على رضى الله عنه وزيد بن ثابت من الصحابة وذهب أبو ثور وداود انه اذا استكمل البنات الثلثين ان الباقى لابن الابن دون بنات الابن كن فى مرتبة واحدة مع الذكر أو فوقه أو دونه وكان ابن مسعود يقول فى هذه للذكر مثل حظ الانثيين الا ان يكون الحاصل للنساء أكثر من السدس فلا تعطى الا السدس وعمدة الجمهور عموم قوله تعالى (يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) وان ولد الولد ولد من طريق المعنى وأيضا لما كان ابن الابن يعصب من فى درجته فى جلة المال فواجب ان يعصب فى الفاضل من المال وعمدة داود وأبى ثور حديث ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال اقسموا المال بين أهل الفرائض على كتاب الله عز وجل فما أبقت الفرائض فلأولى رجل ذكر ومن طريق المعنى أيضا ان بنت الابن لما لم ترث مفردة من الفاضل عن الثلثين كان أحرى أن لا ترث مع غيرها وسبب اختلافهم تعارض القياس والنظر فى الترجيح وأما قول ابن مسعود فمبنى على أصله فى أن بنات الابن لما كن لا يرثن مع عدم الابن أكثر من السدس لم يجب لهن مع الغير أكثر مما وجب لهن مع الانفراد وهى حجة قريبة من حجة داود والجمهور على أن ذكر ولد الابن يعصبهن كان فى درجتهن أو أطرف منهن وشذ بعض المتأخرين فقال لا يعصبهن الا اذا كان فى مرتبتهن وجمهور العلماء على انه اذا ترك المتوفى بنتا لصلب و بنت ابن أو بنات ابن ليس معهن ذكر ان لبنات الابن السدس تكملة الثلثين وخالفت الشيعة فى ذلك فقالت لا ترث بنت الابن مع البنت شيأ كالحال فى ابن الابن مع الابن فالاختلاف فى بنات الابن فى موضعين مع بنى الابن ومع البنات فيما دون الثلثين وفوق النصف فالمتحصل فيهن اذا كن مع بنى الابن انه قيل يرثن وقيل لا يرثن واذا قيل يرثن فقيل يرثن تعصيبا

مطلقا وقيل يرثن تعصيبا الا ان يكون أكثر من السدس واذا قيل يرثن فقيل أيضا اذا كان ابن الابن فى درجتهن وقيل كيفما كان والمتحصل فى وراثتهن مع عدم ابن الابن فيما فضل عن النصف الى تكملة الثلثين قيل يرثن وقيل لا يرثن

﴿ميراث الزوجات﴾ وأجمع العلماء على أن ميراث الرجل من امرأته اذا لم تترك ولدا ولا ولد ابن النصف ذكرا كان الولد أو انثى الا ما ذكرنا عن مجاهد وانها ان تركت ولدا فله الربع وأن ميراث المرأة من زوجها اذا لم يترك الزوج ولدا ولا ولد ابن الربع فان ترك ولدا أو ولد ابن فالثمن وانه ليس يحجبهن أحد عن الميراث ولا ينقصهن الا الولد وهذا لورود النص فى قوله تعالى (ولكم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد) الآية

﴿ميراث الأب والأم﴾ وأجمع العلماء على أن الأب اذا انفرد كان له جميع المال وانه اذا انفرد الابوان كان للام الثلث وللاب الباقى لقوله تعالى (وورثه أبواه فلامه الثلث) وأجمعوا على ان فرض الابوين من ميراث ابنهما اذا كان للابن ولد أو ولد ابن السدسان أعنى ان لكل واحد منهما السدس لقوله تعالى (ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) والجمهور على أن الولد هو الذكر دون الانثى وخالفهم فى ذلك من شذ وأجمعوا على أن الأب لا ينقص مع ذوى الفرائض من السدس وله ما زاد وأجمعوا من هذا الباب على أن الام يحجبها الاخوة من الثلث الى السدس لقوله تعالى (فان كان له اخوة فلامه السدس) واختلفوا فى أقل ما يحجب الام من الثلث الى السدس من الاخوة فذهب على رضى الله عنه وابن مسعود الى أن الاخوة الحاجبين هما اثنان فصاعدا وبه قال مالك وذهب ابن عباس الى أنهم ثلاثة فصاعدا وأن الاثنين لا يحجبان الأم من الثلث الى السدس والخلاف آيل الى أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع فمن قال أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع ثلاثة قال الاخوة الحاجبون ثلاثة فما فوق ومن قال أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع اثنان قال الاخوة الحاجبون هما اثنان أعنى فى قوله تعالى (فان كان له اخوة) ولا خلاف أن الذكر والانثى يدخلان تحت اسم الاخوة فى الآية وذلك عند الجمهور وقال بعض المتأخرين لا تنقل الأم من الثلث الى السدس بالأخوات المنفردات لأنه زعم انه ليس ينطلق عليهن اسم الاخوة الا أن يكون معهن أخ لموضع تغليب المذكر على المؤنث اذ اسم

الاخوة هو جمع أخ والأخ مذكر واختلفوا من هذا الباب فيمن يرث السدس الذى تحجب عنه الأم بالاخوة وذلك اذا ترك المتوفى أبوين واخوة فقال الجمهور ذلك السدس للاب مع الأربعة الاسداس وروى عن ابن عباس أن ذلك السدس للاخوة الذين حجبوا وللاب الثلثان لأنه ليس فى الاصول من يحجب ولا يأخذ فانما حجب الا الاخوة مع الآباء وضعف قوم الاسناد بذلك عن ابن عباس وقول ابن عباس هو القياس واختلفوا من هذا الباب فى التى تعرف بالغراوين وهى فيمن ترك زوجة وأبوين أو زوجا وأبوين فقال الجمهور فى الاولى للزوجة الربع وللام ثلث ما بقى وهو الربع من رأس المال وللاب ما بقى وهو النصف وقالوا فى الثانية للزوج النصف وللام ثلث ما بقى وهو السدس من رأس المال وللاب ما بقى وهو السدسان وهو قول زيد والمشهور من قول على رضى الله عنه وقال ابن عباس فى الاولى للزوجة الربع من رأس المال وللام الثلث منه أيضا لأنها ذات فرض وللاب ما بقى لأنه عاصب وقال أيضا فى الثانية للزوج النصف وللام الثلث لأنها ذات فرض مسمى وللاب ما بقى وبه قال شريح القاضى وداود وابن سيرين وجماعة وعمدة الجمهور ان الأب والأم لما كانا اذا انفردا بالمال كان للام الثلث وللاب الباقى وجب أن يكون الحال كذلك فيما بقى من المال وكأنهم رأوا أن يكون ميراث الأم أكثر من ميراث الأب خروجا عن الاصول وعمدة الفريق الآخر أن الأم ذات فرض مسمى والأب عاصب والعاصب ليس له فرض محدود مع ذى الفروض بل يقل ويكثر وما عليه الجمهور من طريق التعليل أظهر وما عليه الفريق الثانى مع عدم التعليل أظهر وأعنى بالتعليل ههنا أن يكون أحق سببى الانسان أولى بالايثار أعنى الأب من الأم

﴿ميراث الاخوة للام﴾ وأجمع العلماء على أن الاخوة للام اذا انفرد الواحد منهم ان له السدس ذكرا كان أو أنثى وانهم ان كانوا أكثر من واحد فهم شركاء فى الثلث على السوية للذكر منهم مثل حظ الانثى سواء وأجمعوا على أنهم لا يرثون مع أربعة وهم الأب والجد أبو الأب وان علا والبنون ذكرانهم واناثهم وبنو البنين وان سفلوا ذكرانهم واناثهم وهذا كله لقوله تعالى: (وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت) الآية وذلك أن الاجماع انعقد على أن المقصود بهذه الآية هم الاخوة للام،

فقط وقد قرئ وله أخ أو أخت من أمه وكذلك أجمعوا فيما أحسب ههنا على أن الكلالة هي فقد الاصناف الاربعة التي ذكرنا من النسب أعني الآباء والأجداد والبنين و بني البنين

﴿ميراث الاخوة للاب والأم أو للاب﴾ وأجمع العلماء على أن الاخوة للاب والأم أو للاب فقط يرثون في الكلالة أيضا أما الاخت اذا انفردت فان لها النصف وان كانتا اثنتين فلهما الثلثان كالحال في البنات وانهم ان كانوا ذكورا واناثا فللذكر مثل حظ الانثيين كحال البنين مع البنات وهذا لقوله تعالى (يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة) الا انهم اختلفوا في معنى الكلالة ههنا في أشياء واتفقوا منها في أشياء يأتي ذكرها ان شاء الله تعالى فمن ذلك انهم أجمعوا من هذا الباب على أن الاخوة للاب والأم ذكرانا كانوا أو اناثا انهم لا يرثون مع الولد الذكر شيأ ولا مع ولد الولد ولا مع الأب شيأ واختلفوا فيما سوى ذلك فمنها انهم اختلفوا في ميراث الاخوة للاب والأم مع البنت أو البنات فذهب الجمهور الى انهن عصبة يعطون ما فضل عن البنات وذهب داود بن على الظاهري وطائفة الى ان الأخت لا ترث مع البنت شيأ وعمدة الجمهور في هذا حديث ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في ابنة وابنة ابن وأخت ان للبنت النصف ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين وما بقي فللاخت وأيضا من جهة النظر لما أجمعوا على توريث الاخوة مع البنات فكذلك الاخوات وعمدة الفريق الآخر ظاهر قوله تعالى (ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت) فلم يجعل للاخت شيأ الا مع عدم الولد والجمهور حملوا اسم الولد ههنا على الذكور دون الاناث وأجمع العلماء من هذا الباب على أن الاخوة للاب والأم يحجبون الاخوة للاب عن الميراث قياسا على بني الابناء مع بني الصلب قال أبو عمر وقد روى ذلك في حديث حسن من رواية الآحاد العدول عن على رضي الله عنه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أعيان بني الأم يتوارثون دون بني العلات وأجمع العلماء على ان الأخوات للاب والأم اذا استكملن الثلثين فانه ليس للاخوات للاب معهن شئ كالحال في بنات الابن مع بنات الصلب وأنه ان كانت الاخت للاب والأم واحدة فللاخوات للاب ما كن بقية الثلثين وهو السدس واختلفوا اذا كان مع

الأخوات للاب ذكر فقال الجمهور يعصبهن ويقتسمون المال للذكر مثل حظ الانثيين كالحال فى بنات الابن مع بنات الصلب واشترط مالك أن يكون فى درجتهن وقال ابن مسعود اذا استكمل الأخوات الشقائق الثلثين فالباقى للذكور من الاخوة للاب دون الاناث وبه قال أبو ثور وخالفه داود فى هذه المسئلة مع موافقته له فى مسئلة بنات الصلب وبنى البنين فان لم يستكملن الثلثين فللذكر عنده من بنى الأب مثل حظ الانثيين الا أن يكون الحاصل للنساء أكثر من السدس كالحال فى بنت الصلب مع بنى الابن وأدلة الفريقين فى هذه المسئلة هى تلك الأدلة بأعيانها وأجمعوا على أن الاخوة للاب يقومون مقام الاخوة للاب والام عند فقدهم كالحال فى بنى البنين مع البنين وانه اذا كان معهن ذكر عصبهن بان يبدأ بمن له فرض مسمى ثم يرثون الباقى للذكر مثل حظ الانثيين كالحال فى البنين الا فى موضع واحد وهى الفريضة التى تعرف بالمشتركة فان العلماء اختلفوا فيها وهى امرأة توفيت وتركت زوجها وأمها واخوتها لامها واخوتها لأبيها وأمها فكان عمر وعثمان وزيد بن ثابت يعطون للزوج النصف وللام السدس وللاخوة للام الثلث فيستغرقون المال فيبقى الاخوة للاب والأم بلا شئ فكانوا يشركون الاخوة للاب والأم فى الثلث مع الاخوة للام يقتسمونه بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وبالتشريك قال من فقهاء الامصار مالك والشافعى والثورى وكان على رضى الله عنه وأبى بن كعب وأبو موسى الأشعرى لا يشركون أخوة الأب والأم فى الثلث مع أخوة الأم فى هذه الفريضة ولا يوجبون لهم شيأ فيها وقال به من فقهاء الأمصار أبو حنيفة وابن أبى ليلى وأحمد وأبو ثور وداود وجماعة وحجة الفريق الأول ان الاخوة للاب والأم يشاركون الاخوة للام فى السبب الذى به يستوجبون الارث وهى الأم فوجب أن لا ينفردوا به دونهم لأنه اذا اشتركوا فى السبب الذى به يرثون وجب ان يشتركوا فى الميراث وحجة الفريق الثانى ان الاخوة الشقائق عصبة فلا شئ لهم اذا أحاطت فرائض ذوى السهام بالميراث وعمدتهم اتفاق الجميع على ان من ترك زوجا وأما وأخا واحدا لأم وأخوة شقائق عشرة أو أكثر ان الأخ للام يستحق ههنا السدس كاملا والسدس الباقى بين الباقين مع انهم

مشاركون له فى الأم فسبب الاختلاف فى أكثر مسائل الفرائض هو تعارض المقاييس واشتراك الالفاظ فيما فيه نص

﴿ ميراث الجد ﴾ وأجمع العلماء على أن الأب يحجب الجد وأنه يقوم مقام الأب عند عدم الأب مع البنين وانه عاصب مع ذوى الفرائض واختلفوا هل يقوم مقام الأب فى حجب الاخوة الشقائق أو حجب الاخوة للاب فذهب ابن عباس وأبو بكر رضى الله عنهما وجماعة الى أنه يحجبهم وبه قال أبو حنيفة وأبو ثور والمزنى وابن سريج من أصحاب الشافعى وداود وجماعة واتفق على بن أبى طالب رضى الله عنه وزيد بن ثابت وابن مسعود على توريث الاخوة مع الجد الا أنهم اختلفوا فى كيفية ذلك على ما أقوله بعد وعمدة من جعل الجد بمنزلة الأب اتفاقهما فى المعنى أعنى من قبل ان كليهما أب للميت ومن اتفاقهما فى كثير من الأحكام التى أجمعوا على اتفاقهما فيها حتى انه قد روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال أما يتقى الله زيد بن ثابت يجعل ابن الابن ابنا ولا يجعل أب الأب أبا وقد أجمعوا على انه مثله فى أحكام أخر سوى الفروض منها ان شهادته لحفيده كشهادة الأب وان الجد يعتق على حفيده كما يعتق الأب على الابن وانه لا يقتص له من جد كما لا يقتص له من أب وعمدة من ورث الأخ مع الجد ان الأخ أقرب الى الميت من الجد لأن الجد أبو أبى الميت والأخ ابن أبى الميت والابن أقرب من الأب وأيضا فما أجمعوا عليه من ان ابن الأخ يقدم على العم وهو يدلى بالاب والعم يدلى بالجد فسبب الخلاف تعارض القياس فى هذا الباب فان قيل فأى القياسين أرجح بحسب النظر الشرعى قلنا قياس من ساوى بين الأب والجد فان الجد أب فى المرتبة الثانية أو الثالثة كما ان ابن الابن ابن فى المرتبة الثانية أو الثالثة واذا لم يحجب الابن الجد وهو يحجب الاخوة فالجد يجب ان يحجب من يحجب الابن والاخ ليس بأصل للميت ولا فرع وانما هو مشارك له فى الأصل والأصل أحق بالشئ من المشارك له فى الأصل والجد ليس هو أصلا للميت من قبل الاب بل هو أصل أصله والاخ يرث من قبل انه فرع لأصل الميت فالذى هو أصل لاصله أولى من الذى هو فرع لاصله ولذلك لا معنى لقول من قال ان الاخ يدلى بالبنوة والجد يدلى بالابوة فان الاخ ليس ابنا للميت وانما هو ابن أبيه والجد أبو الميت والبنوة انما هى أقوى فى

الميراث من الابوة فى الشخص الواحد بعينه أعنى الموروث وأما البنوة التى تكون لأب الموروث فليس يلزم أن تكون فى حق الموروث أقوى من الابوة التى تكون لأب الموروث لان الابوة التى لاب الموروث هى أبوة ما للموروث أعنى بعيدة وليس البنوة التى لأب الموروث بنوة ما للموروث لا قريبة ولا بعيدة فمن قال الاخ أحق من الجد لان الاخ يدلى بالشئ الذى من قبله كان الميراث بالبنوة وهو الأب والجد يدلى بالابوة هو قول غالط مخيل لان الجد أب مّا وليس الاخ ابنا مّا وبالجملة الاخ لاحق من لواحق الميت وكانه أمر عارض والجد سبب من أسبابه والسبب أملك للشئ من لاحقه واختلف الذين ورثوا الجد مع الاخوة فى كيفية ذلك فتحصيل مذهب زيد فى ذلك انه لا يخلو أن يكون معه سوى الاخوة ذو فرض مسمى أو لا يكون فان لم يكن معه ذو فرض مسمى أعطى الافضل له من اثنين اما ثلث المال واما أن يكون كواحد من الاخوة الذكور وسواء كان الاخوة ذكرانا أو اناثا أو الامرين جميعا فهو مع الاخ الواحد يقاسمه المال وكذلك مع الاثنين ومع الثلاثة والاربعة يأخذ الثلث وهو مع الاخت الواحدة الى الاربع يقاسمهن للذكر مثل حظ الانثيين ومع الخمس أخوات له الثلث لأنه أفضل له من المقاسمة فهذه هى حاله مع الاخوة فقط دون غيرهم وأما ان كان معهم ذو فرض مسمى فانه يبدأ بأهل الفروض فيأخذون فروضهم فما بقى أعطى الافضل له من ثلاث اما ثلث ما بقى بعد حظوظ ذوى الفرائض واما أن يكون بمنزلة ذكر من الاخوة واما أن يعطى السدس من رأس المال لا ينقص منه ثم ما بقى يكون للاخوة للذكر مثل حظ الأنثيين فى الأكدرية على ماسنذكر مذهبه فيها مع سائر مذاهب العلماء وأما على رضى الله عنه فكان يعطى الجد الاحظى له من السدس أو المقاسمة وسواء كان مع الجد والاخوة غيرهم من ذوى الفرائض أو لم يكن وانما لم ينقصه من السدس شيأ لانهم لما أجمعوا ان الابناء لا ينقصونه منه شيأ كان أحرى أن لا ينقصه الاخوة وعمدة قول زيد انه لما كان يحجب الاخوة للام فلم يحجب عما يجب لهم وهو الثلث وبقول زيد قال مالك والشافعى والثورى وجماعة وبقول على رضى الله عنه قال أبو حنيفة وأما الفريضة التى تعرف بالأكدرية وهى امرأة توفيت وتركت زوجا وأما وأختا

شقيقة وجدا فان العلماء اختلفوا فيها فكان عمر رضي الله عنه وابن مسعود يعطيان للزوج النصف وللام السدس وللاخت النصف وللجد السدس وذلك على جهة العول وكان علي بن أبي طالب رضي الله عنه وزيد يقولان للزوج النصف وللام الثلث وللاخت النصف وللجد السدس فريضة الا ان زيدا يجمع سهم الاخت والجد فيقسم ذلك بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وزعم بعضهم أن هذا ليس من قول زيد وضعف الجميع التشريك الذي قال به زيد في هذه الفريضة وبقول زيد قال مالك وقيل انما سميت الاكدرية لتكدر قول زيد فيها وهذا كله على مذهب من يرى العول وبالعول قال جمهور الصحابة وفقهاء الأمصار الا ابن عباس فانه روي عنه أنه قال أعال الفرائض عمر بن الخطاب وايم الله لو قدم من قدم الله وأخر من أخر الله ماعالت فريضة . قيل له وأيها قدم الله وأيها أخر الله قال كل فريضة لم يهبطها الله عز وجل عن موجبها الا الى فريضة أخرى فهي ماقدم الله وكل فريضة اذا زالت عن فرضها لم يكن لها الا ما بقي فتلك التي أخر الله فالأول مثل الزوجة والأم والمتأخر مثل الاخوات والبنات قال فاذا اجتمع الصنفان بدئ من قدم الله فان بقي شئ فلمن أخر الله والا فلا شئ له قيل له فهلا قلت هذا القول لعمر قال هبته وذهب زيد الى أنه اذا كان مع الجد والاخوة الشقائق اخوة لأب ان الاخوة الشقائق يعادون الجد بالاخوة للاب فيمنعونه بهم كثرة الميراث ولا يرثون مع الاخوة الشقائق شيأ الا أن يكون الشقائق أختا واحدة فانها تعاد الجد بأخوتها للاب ما بينهما (٧) وبين ان تستكمل فريضتها وهي النصف وان كان فيما يحازلها ولاخوتها لأبيها فضل عن نصف رأس المال كله فهو لاخوتها لأبيها للذكر مثل حظ الانثيين فان لم يفضل شئ على النصف فلا ميراث لهم فاما على رضي الله عنه فكان لا يلتفت هنا للاخوة للاب للاجماع على ان الاخوة الشقائق يحجبونهم ولان هذا الفعل أيضا مخالف الاصول أعني ان يحتسب بمن لا يرث واختلف الصحابه رضي الله عنهم من هذا الباب في الفريضة التي تدعى الخرقاء وهي أم وأخت وجد على خمسة أقوال فذهب أبو بكر رضي الله عنه وابن عباس الى ان للام الثلث والباقي للجد

---

(٧) هكذا هذه العبارة بالاصول ولينظر ما معناها اهـ مصححه

وحجبوا به الاخت وهذا على رأيهم فى اقامة الجد مقام الأب وذهب على رضى الله عنه الى أن للام الثلث وللاخت النصف ومابقى للجد وذهب عثمان الى ان للام الثلث وللاخت الثلث وللجد الثلث وذهب ابن مسعود الى ان للاخت النصف وللجد الثلث وللام السدس وكان يقول معاذ الله ان أفضل أما على جد وذهب زيد الى ان للام الثلث ومابقى بين الجد والاخت للذكر مثل حظ الانثيين

﴿ ميراث الجدات ﴾ وأجمعوا على ان للجدة أم الام السدس مع عدم الام وأن للجدة أيضا أم الاب عند فقد الاب السدس فان اجتمعا كان السدس بينهما واختلفوا فيما سوى ذلك فذهب زيد وأهل المدينة الى أن الجدة أم الام يفرض لها السدس فريضة فاذا اجتمعت الجدتان كان السدس بينهما اذا كان قعددهما سواء أو كانت أم الأب أقعد فان كانت أم الام أقعد أى أقرب الى الميت كان لها السدس ولم يكن للجدة أم الاب شئ وقد روى عنه أيهما أقعد كان لها السدس وبه قال على رضى الله عنه ومن فقهاء الأمصار أبو حنيفة والثورى وأبو ثور وهؤلاء ليس يورثون الا هاتين الجدتين المجتمع على توريثهما وكان الأوزاعى وأحمد يورثان ثلاث جدات واحدة من قبل الام واثنتان من قبل الاب أم الاب وأم أبى الاب أعنى الجد وكان ابن مسعود يورث أربع جدات أم الام وأم الاب وأم أبى الاب أعنى الجد وأم أبى الام أعنى الجد وبه قال الحسن وابن سيرين وكان ابن مسعود يشرك بين الجدات فى السدس دنياهن وقصواهن مالم تكن تحجبها بنتها أو بنت بنتها وقد روى عنه أنه كان يسقط القصوى بالدنيا اذا كانتا من جهة واحدة وروى عن ابن عباس ان الجدة كالام اذا لم تكن أم وهو شاذ عند الجمهور ولكن له حظ من القياس فعمدة زيد وأهل المدينة والشافعى ومن قال بمذهب زيد مارواه مالك أنه قال جاءت الجدة الى أبى بكر رضى الله عنه تسأله عن ميراثها فقال أبو بكر مالك فى كتاب الله عز وجل شئ وماعلمت لك فى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيأ فارجعى حتى أسأل الناس فقال له المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس فقال أبو بكر هل معك غيرك فقال محمد بن مسلمة فقال مثل ماقال المغيرة فأنفذه أبو بكر لها ثم جاءت الجدة الاخرى الى عمر بن الخطاب تسأله ميراثها فقال لها

مالك فى كتاب الله عز وجل شئ وما كان القضاء الذى قضى به الا لغيرك وما أنا بزائد فى الفرائض ولكنه ذلك السدس فان اجتمعتما فيه فهو لكما وأيتكما انفردت به فهو لها وروى مالك أيضا انه أتت الجدتان الى أبى بكر فأراد أن يجعل السدس للتى من قبل الام فقال له رجل أما انك تترك التى لو ماتت وهو حى كان اياها يرث فجعل أبو بكر السدس بينهما قالوا فواجب أن لا يتعدى فى هذا هذه السنة واجماع الصحابة وأما عمدة من ورث الثلاث جدات فحديث ابن عيينة عن منصور عن ابراهيم أن النبى صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جدات اثنتين من قبل الاب وواحدة من قبل الام وأما ابن مسعود فعمدته القياس فى تشبيهها بالجدة للاب لكن الحديث يعارضه واختلفوا هل يحجب الجدة للاب ابنها وهو الاب فذهب زيد الى أنه يحجب وبه قال مالك والشافعى وأبو حنيفة وداود وقال آخرون ترث الجدة مع ابنها وهو مروى عن عمر وابن مسعود وجماعة من الصحابة وبه قال شريح وعطاء وابن سيرين وأحمد وهو قول الفقهاء المصريين وعمدة من حجب الجدة بابنها ان الجد لما كان محجوبا بالاب وجب أن تكون الجدة أولى بذلك وأيضا فلما كانت أم الام لا ترث باجماع مع الام شيأ كان كذلك أم الاب مع الاب وعمدة الفريق الثانى ماروى الشعبى عن مسروق عن عبد الله قال أول جدة أعطاها رسول الله صلى الله عليه وسلم سدسا جدة مع ابنها وابنها حى قالوا ومن طريق النظر لما كانت الأم وأم الام لا يحجبن بالذكور كان كذلك حكم جميع الجدات وينبغى أن يعلم ان مالكا لا يخالف زيدا الا فى فريضة واحدة وهى امرأة هلكت وتركت زوجا وأما واخوة لام واخوة لاب وأم وجدا فقال مالك للزوج النصف وللام السدس وللجد ما بقى وهو الثلث وليس للاخوة الشقائق شئ وقال زيد للزوج النصف وللام السدس وللجد السدس وما بقى للاخوة الشقائق فخالف مالك فى هذه المسئلة أصله من ان الجد لا يحجب الاخوة الشقائق ولا الاخوات للاب وحجته أنه لما حجب الاخوة للام عن الثلث الذى كانوا يستحقونه دون الشقائق كان هو أولى به وأما زيد فعلى أصله فى أنه لا يحجبهم

(باب فى الحجب)

وأجمع العلماء على أن الاخ الشقيق يحجب الاخ للاب وأن الاخ للاب يحجب بنى الاخ الشقيق وان بنى الاخ الشقيق يحجبون أبناء الاخ للاب و بنو الاخ للاب أولى من بنى ابن الاخ للاب والام و بنو الاخ للاب أولى من العم أخى الاب وابن العم أخى الاب الشقيق أولى من ابن العم أخى الاب للاب وكل واحد من هؤلاء يحجبون بنيهم ومن حجب منهم صنفا فهو يحجب من يحجبه ذلك الصنف و بالجملة أما الاخوة فالاقرب منهم يحجب الابعد فاذا استووا حجب منهم من أدلى بسببين أم وأب من أدلى بسبب واحد وهو الاب فقط وكذلك الاعمام الاقرب منهم يحجب الابعد فان استووا حجب من يدلى منهم الى الميت بسببين من يدلى بسبب واحد أعنى أنه يحجب العم أخو الاب لاب وأم العم الذى هو أخو الاب لاب فقط وأجمعوا على أن الاخوة الشقائق والاخوة للاب يحجبون الاعمام لان الاخوة بنو أب المتوفى والاعمام بنو جده والابناء يحجبون بنيهم والآباء أجدادهم والبنون و بنوهم يحجبون الاخوة والجد يحجب من فوقه من الاجداد باجماع والاب يحجب الاخوة و يحجب من تحجبه الاخوة والجد يحجب الاعمام باجماع والاخوة للام و يحجب بنى الاخوة الشقائق و بنى الاخوة للاب والبنات و بنات البنين يحجبن الاخوة للام واختلف العلماء فيمن ترك ابنى عم أحدهما أخ للام فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة والثورى للاخ للام السدس من جهة ماهو أخ لام وهو فى باقى المال مع ابن العم الآخر عصبة يقتسمونه بينهم على السواء وهو قول على رضى الله عنه وزيد وابن عباس وقال قوم المال كله لابن العم الذى هو أخ لام يأخذ سدسه بالاخوة و بقيته بالتعصيب لانه قد أدلى بسببين وممن قال بهذا القول من الصحابة ابن مسعود ومن الفقهاء داود وأبو ثور والطبرى وهو قول الحسن وعطاء واختلف العلماء فى رد ما بقى من مال الورثة على ذوى الفرائض اذا بقيت من المال فضلة لم تستوفها الفرائض ولم يكن هناك من يعصب فكان زيد لا يقول بالرد و يجعل الفاضل فى بيت المال و به قال مالك والشافعى وقال جل الصحابة بالرد على ذوى الفروض ماعدا الزوج والزوجة وان كانوا اختلفوا فى كيفية ذلك و به قال فقهاء العراق من الكوفيين والبصريين وأجمع هؤلاء الفقهاء

على أن الرد يكون لهم بقدر سهامهم فمن كان له نصف أخذ النصف مما بقى وهكذا فى جزء جزء وعمدتهم أن قرابة الدين والنسب أولى من قرابة الدين فقط أى ان هؤلاء اجتمع لهم سببان وللمسلمين سبب واحد وهذه مسائل مشهورة الخلاف بين أهل العلم فيما تعلق بأسباب المواريث يجب أن نذكرها ههنا فمنها انه أجمع المسلمون على أن الكافر لا يرث المسلم لقوله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم واختلفوا فى ميراث المسلم الكافر وفى ميراث المسلم المرتد فذهب جمهور العلماء من الصحابة والتابعين وفقهاء الامصار الى أنه لا يرث المسلم الكافر بهذا الاثر الثابت وذهب معاذ بن جبل ومعاوية من الصحابة وسعيد بن المسيب ومسروق من التابعين وجماعة الى أن المسلم يرث الكافر وشبهوا ذلك بنسائهم فقالوا كما يجوز لنا أن ننكح نساءهم ولا يجوز لنا أن ننكحهم نساءنا كذلك الارث ورووا فى ذلك حديثا مسندا قال أبو عمر وليس بالقوى عند الجمهور وشبهوه أيضا بالقصاص فى الدماء التى لا تتكافأ * وأما مال المرتد اذا قتل أومات فقال جمهور فقهاء الحجاز هو لجماعة المسلمين ولا يرثه قرابته وبه قال مالك والشافعى وهو قول زيد من الصحابة وقال أبو حنيفة والثورى وجمهور الكوفيين وكثير من البصريين يرثه ورثته من المسلمين وهو قول ابن مسعود من الصحابة وعلى رضى الله عنهما وعمدة الفريق الاول عموم الحديث وعمدة الحنفية تخصيص العموم بالقياس وقياسهم فى ذلك هو أن قرابته أولى من المسلمين لانهم يدلون بسببين بالاسلام والقرابة والمسلمون بسبب واحد وهو الاسلام وربما أكدوا ما يبقى لماله من حكم الاسلام بدليل أنه لا يؤخذ فى الحال حتى يموت فكانت حياته معتبرة فى بقاء ماله على ملكه وذلك لا يكون الا بأن يكون لماله حرمة اسلامية ولذلك لم يجز ان يقر على الارتداد بخلاف الكافر وقال الشافعى وغيره يؤخذ بقضاء الصلاة اذا تاب من الردة فى أيام الردة والطائفة الاخرى تقول يوقف ماله لان له حرمة اسلامية وانما وقف رجاء ان يعود الى الاسلام وان استيجاب المسلمين لماله ليس على طريق الارث وشذت طائفة فقالت ماله للمسلمين عندما يرتد وأظن ان اشهب ممن يقول بذلك وأجمعوا على توريث اهل

الملة الواحدة بعضهم بعضا واختلفوا فى توريث الملل المختلفة فذهب مالك وجماعة
الى ان اهل الملل المختلفة لا يتوارثون كاليهود والنصارى و به قال احمد وجماعة وقال
الشافعى وابو حنيفة وابو ثور والثورى وداود وغيرهم الكفار كلهم يتوارثون وكان
شريح وابن ابى ليلى وجماعة يجعلون الملل التى لا تتوارث ثلاثا النصارى واليهود
والصابئين ملة والمجوس ومن لا كتاب له ملة والاسلام ملة وقد روى عن ابن ابى ليلى
مثل قول مالك وعمدة مالك ومن قال بقوله ما روى الثقات عن عمرو بن شعيب
عن أبيه عن جده ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لا يتوارث اهل ملتين
وعمدة الشافعية والحنفية قوله عليه الصلاة والسلام لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر
المسلم وذلك أن المفهوم من هذا بدليل الخطاب ان المسلم يرث المسلم والكافر يرث
الكافر والقول بدليل الخطاب فيه ضعف وخاصة هنا واختلفوا فى توريث الحملاء
والحملاء هم الذين يتحملون بأولادهم من بلاد الشرك الى بلاد الاسلام اعنى انهم
يولدون فى بلاد الشرك ثم يخرجون الى بلاد الاسلام وهم يدعون تلك الولادة الموجبة
للنسب وذلك على ثلاثة أقوال قول انهم يتوارثون بما يدعون من النسب
وهو قول جماعة من التابعين واليه ذهب اسحق وقول انهم لا يتوارثون الا ببينة
تشهد على أنسابهم و به قال شريح والحسن وجماعة وقول انهم لا يتوارثون أصلا
وروى عن عمر الثلاثة الأقوال الا ان الأشهر عنه انه كان لا يورث الا من ولد فى بلاد
العرب وهو قول عثمان وعمر بن عبد العزيز واما مالك واصحابه فاختلف فى ذلك
قولهم فنهم من رأى أنهم لا يورثون الا ببينة وهو قول ابن القاسم ومنهم من رأى
ان لا يورثون اصلا ولا بالبينة العادلة وممن قال بهذا القول من اصحاب مالك
عبد الملك بن الماجشون وروى ابن القاسم عن مالك فى اهل حصن نزلوا على حكم
الاسلام فشهد بعضهم لبعض انهم يتوارثون وهذا يتخرج منه انهم يتوارثون بلا بينة
لأن مالكا لا يجوز شهادة الكفار بعضهم على بعض قال فاما ان سبوا فلا يقبل
قولهم فى ذلك و بنحو هذا التفصيل قال الكوفيون والشافعى واحمد وابو ثور
وذلك أنهم قالوا ان خرجوا الى بلاد الاسلام وليس لأحد عليهم يد قبلت دعواهم
فى أنسابهم وأما ان أدركهم السبى والرق فلا يقبل قولهم الا ببينة ففى المسئلة اربعة

أقوال اثنان طرفان واثنان متفرقان وجهور العلماء من فقهاء الأمصار ومن الصحابة علي وزيد وعمر أن من لا يرث لا يحجب مثل الكافر والمملوك والقاتل عمدا وكان ابن مسعود يحجب بهؤلاء الثلاثة دون أن يورثهم أعني بأهل الكتاب وبالعبيد وبالقاتلين عمدا وبه قال داود وأبو ثور وعمدة الجهور أن الحجب في معنى الارث وأنهما متلازمان وحجة الطائفة الثانية أن الحجب لا يرتفع الا بالموت واختلف العلماء الذين يفقدون في حرب أو غرق أو هدم ولا يدرى من مات منهم قبل صاحبه كيف يتوارثون اذا كانوا أهل ميراث فذهب مالك وأهل المدينة الى أنهم لا يورث بعضهم من بعضهم وأن ميراثهم جميعا لمن بقي من قرابتهم الوارثين أو لبيت المال ان لم تكن لهم قرابة ترث وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابه فيما حكى عنه الطحاوي وذهب علي وعمر رضي الله عنهما وأهل الكوفة وأبو حنيفة فيما ذكر غير الطحاوي عنه وجهور البصريين الى أنهم يتوارثون وصفة توارثهم عندهم أنهم يورثون كل واحد من صاحبه في أصل ماله دون ماورث بعضهم من بعض أعني أنه لا يضم الى مال الموروث ماورث من غيره فيتوارثون الكل على أنه مال واحد كالحال في الذين يعلم تقدم موت بعضهم على بعض مثال ذلك زوج وزوجة توفيا في حرب أو غرق أو هدم ولكل واحد منهما ألف درهم فيورث الزوج من المرأة خمسمائة درهم وتورث المرأة من الألف التي كانت بيد الزوج دون الخمسمائة التي ورث منها ربعها وذلك مائتان وخمسون ومن مسائل هذا الباب اختلاف العلماء في ميراث ولد الملاعنة وولد الزنا فذهب أهل المدينة وزيد بن ثابت الى أن ولد الملاعنة يورث كما يورث غير ولد الملاعنة وأنه ليس لأمه الا الثلث والباقي لبيت المال الا أن يكون له اخوة لأم فيكون لهم الثلث أو تكون أمه مولاة فيكون باقي المال لمواليها والا فالباقي لبيت مال المسلمين وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه الا أن أبا حنيفة على مذهبه يجعل ذوي الارحام أولى من جماعة المسلمين وأيضا على قياس من يقول بالرد يرد على الام بقية المال وذهب علي وعمر وابن مسعود الى أن عصبته عصبة أمه أعني الذين يرثونها وروى عن علي وابن مسعود أنهم كانوا لا يجعلون عصبته عصبة أمه الا مع فقد الام وكانوا ينزلون الام بمنزلة الاب وبه قال الحسن وابن سيرين والثوري وابن حنبل وجماعة وعمدة الفريق الاول

عموم قوله تعالى (فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث) فقالوا هذه أم وكل أم لها الثلث فهذه لها الثلث وعمدة الفريق الثاني ماروى من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه ألحق ولد الملاعنة بامه وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال جعل النبي صلى الله عليه وسلم ميراث ابن الملاعنة لامه ولورثته وحديث واثلة بن الاسقع عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المرأة تحوز ثلاثة أموال عتيقها ولقيطها وولدها الذى لاعنت عليه وحديث مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم بمثل ذلك خرج جميع ذلك أبوداود وغيره قال القاضي هذه الآثار المصير اليها واجب لانها قد خصصت عموم الكتاب والجمهور على أن السنة يخصص بها الكتاب ولعل الفريق الاوّل لم تبلغهم هذه الاحاديث أولم تصح عندهم وهذا القول مروى عن ابن عباس وعثمان وهو مشهور فى الصدر الاوّل واشتهاره فى الصحابة دليل على صحة هذه الآثار فان هذا ليس يستنبط بالقياس والله أعلم * ومن مسائل ثبوت النسب الموجب للميراث اختلافهم فيمن ترك ابنين وأقر أحدهم بأخ ثالث وأنكر الثاني فقال مالك وأبو حنيفة يجب عليه أن يعطيه حقه من الميراث يعنون المقر ولا يثبت بقوله نسبه وقال الشافعي لا يثبت النسب ولا يجب على المقر أن يعطيه من الميراث شيأ واختلف مالك وأبو حنيفة فى القدر الذى يجب على الاخ المقر فقال مالك يجب عليه ما كان يجب عليه لو أقر الاخ الثاني وثبت النسب وقال أبو حنيفة يجب عليه أن يعطيه نصف ما بيده وكذلك الحكم عند مالك وأبى حنيفة فيمن ترك ابنا واحدا فاقر بأخ له آخر أعنى أنه لا يثبت النسب ويجب الميراث وأما الشافعي فعنه فى هذه المسئلة قولان أحدهما انه لا يثبت النسب ولا يجب الميراث والثاني يثبت النسب ويجب الميراث وهو الذى عليه تناظر الشافعية فى المسائل الطبلولية ويجعلها مسئلة عامة وهو أن كل من يحوز المال يثبت النسب باقراره وان كان واحدا أخا أو غير ذلك وعمدة الشافعية فى المسئلة الاولى وفى أحد قوليه فى هذه المسئلة أعنى القول الغير المشهور ان النسب لا يثبت الا بشاهدى عدل وحيث لا يثبت فلا ميراث لان النسب أصل والميراث فرع واذا لم يوجد الاصل لم يوجد الفرع وعمدة مالك وأبى حنيفه ان ثبوت النسب هو حق متعد الى الاخ المنكر فلا يثبت عليه الا بشاهدين عدلين وأما حظه من

الميراث الذى بيد المقر فاقراره فيه عامل لانه حق أقر به على نفسه والحق ان القضاء
عليه لا يصح من الحاكم الا بعد ثبوت النسب وأنه لا يجوز له بين الله تعالى و بين نفسه
أن يمنع من يعرف انه شريكه فى الميراث حظه منه وأما عمدة الشافعية فى اثباتهم
النسب باقرار الواحد الذى يحوز الميراث فالسماع والقياس أما السماع فحديث
مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة المتفق على صحته قالت كان عتبة ابن
أبى وقاص عهد الى أخيه سعد بن أبى وقاص أن ابن وليدة زمعة منى فاقبضه اليك
فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبى وقاص وقال ابن أخى قد كان عهد الى فيه فقام
اليه عبد بن زمعة فقال أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه فتساوقاه الى رسول الله صلى
الله عليه وسلم فقال سعد يارسول الله ابن أخى قد كان عهد الى فيه فقام اليه عبد
ابن زمعة فقال أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
هو لك يا عبد بن زمعة ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر
الحجر ثم قال لسودة بنت زمعة احتجبى منه لما رأى من شبهه بعتبة بن أبى وقاص قالت
فما رآها حتى لقى الله عز وجل فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد بن زمعة
بأخيه وأثبت نسبه باقراره اذ لم يكن هنالك وارث منازع له وأما أكثر الفقهاء فقد
أشكل عليهم معنى هذا الحديث لخروجه عندهم عن الاصل المجمع عليه فى اثبات
النسب ولهم فى ذلك تأويلات وذلك أن ظاهر هذا الحديث انه أثبت نسبه باقرار أخيه
به والاصل أن لا يثبت نسب الا بشاهدى عدل ولذلك تأول الناس فى ذلك تأويلات
فقالت طائفة انه انما أثبت نسبه عليه الصلاة والسلام بقول أخيه لانه يمكن أن
يكون قد علم ان تلك الامة كان يطؤها زمعة بن قيس وانها كانت فراشاله قالوا ومما
يؤكد ذلك أنه كان صهره وسودة بنت زمعة كانت زوجته عليه الصلاة والسلام
فيمكن أن لا يخفى عليه أمرها وهذا على القول بان للقاضى أن يقضى بعلمه ولا يليق
هذا التأويل بمذهب مالك لانه لا يقضى القاضى عنده بعلمه و يليق بمذهب الشافعى على
قوله الآخر أعنى الذى لا يثبت فيه النسب والذين قالوا بهذا التأويل قالوا انما أمر سودة
بالحجبة احتياطا لشبهة الشبه لا أن ذلك كان واجبا وقال لمكان هذا بعض الشافعية
ان للزوج أن يحجب الاخت عن أخيها وقالت طائفة أمره بالاحتجاب لسودة دليل

على أنه لم يلحق نسبه بقول عتبة ولا بعلمه بالفراش وافترق هؤلاء فى تأويل قوله عليه الصلاة والسلام هو لك فقالت طائفة انما أراد هو عبدك اذ كان ابن أمة أبيك وهذا غير ظاهر لتعليل رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه فى ذلك بقوله الولد للفراش وللعاهر الحجر وقال الطحاوى انما أراد بقوله عليه الصلاة والسلام هو لك ياعبد بن زمعة أى يدك عليه بمنزلة ماهو بيد اللاقط على اللقطة وهذه التأويلات تضعف لتعليله عليه الصلاة والسلام حكمه بأن قال الولد للفراش وللعاهر الحجر وأما المعنى الذى يعتمده الشافعية فى هذا المذهب فهو أن اقرار من يحوز الميراث هو اقرار خلافة أى اقرار من حاز خلافة الميت وعند الغير انه اقرار شهادة لا اقرار خلافة يريد أن الاقرار الذى كان للميت انتقل الى هذا الذى حاز ميراثه واتفق الجمهور على أن أولاد الزنا لايلحقون بآبائهم الا فى الجاهلية على ماروى عن عمر بن الخطاب على اختلاف فى ذلك بين الصحابة وشذ قوم فقالوا يلتحق ولد الزنا فى الاسلام أعنى الذى كان عن زنا فى الاسلام واتفقوا على أن الولد لا يلحق بالفراش فى أقل من ستة أشهر امامن وقت العقد وامامن وقت الدخول وانه يلحق من وقت الدخول الى أقصر زمان الحمل وان كان قد فارقها واعتزلها واختلفوا فى أطول زمان الحمل الذى يلحق به بالوالد الولد فقال مالك خمس سنين وقال بعض أصحابه سبع وقال الشافعى أربع سنين وقال الكوفيون سنتان وقال محمد بن الحكم سنة وقال داود ستة أشهر وهذه المسئلة مرجوع فيها الى العادة والتجربة وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو أقرب الى المعتاد والحكم انما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر ولعله أن يكون مستحيلا وذهب مالك والشافعى الى أن من تزوج امرأة ولم يدخل بها أو دخل بها بعد الوقت وأتت بولد لستة أشهر من وقت العقد لا من وقت الدخول انه لا يلحق به الا اذا أتت به لستة أشهر فأكثر من ذلك من وقت الدخول وقال أبو حنيفة هى فراش له ويلحقه الولد وعمدة مالك انها ليست بفراش الا بامكان الوطء وهو مع الدخول وعمدة أبى حنيفة عموم قوله عليه السلام الولد للفراش وكأنه يرى أن هذا تعبد بمنزلة تغليب الوطء الحلال على الوطء الحرام فى الحاق الولد بالوطء الحلال واختلفوا من هذا الباب فى اثبات النسب بالقافة وذلك عندما يطأ

رجلان فى طهر واحد بملك يمين أو بنكاح ويتصوّر الحكم أيضا بالقافة فى اللقيط الذى يدعيه رجلان أو ثلاثة والقافة عند العرب هم قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه أشخاص الناس فقال بالقافة من فقهاء الأمصار مالك والشافعى وأحمد وأبو ثور والاوزاعى وأبى الحكم بالقافة الكوفيون وأكثر أهل العراق والحكم عند هؤلاء انه اذا ادعى رجلان ولدا كان الولد بينهما وذلك اذا لم يكن لأحدهما فراش مثل أن يكون لقيطا أو كانت المرأة الواحدة لكل واحد منهما فراشا مثل الأمة أو الحرة يطؤها رجلان فى طهر واحد وعند الجمهور من القائلين بهذا القول انه يجوز أن يكون عندهم للابن الواحد أبوان فقط وقال محمد صاحب أبى حنيفة يجوز أن يكون ابنا لثلاثة ان ادعوه وهذا كله تخليط وابطال للمعقول والمنقول وعمدة استدلال من قال بالقافة ما رواه مالك عن سليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب كان يليط أولاد الجاهلية بمن استلاطهم أى بمن ادعاهم فى الاسلام فأتى رجلان كلاهما يدعى ولد امرأة فدعا قائفا فنظر اليه فقال القائف لقد اشتركا فيه فضربه عمر بالدرة ثم دعا المرأة فقال أخبرينى بخبرك فقالت كان هذا لأحد الرجلين يأتى فى ابل لأهلها فلا يفارقها حتى يظن ونظن أنه قد استمر بها حمل ثم انصرف عنها فاهريقت عليه دما ثم خلف هذا عليها تعنى الآخر فلا أدرى أيهما هو فكبر القائف فقال عمر للغلام وال أيهما شئت قالوا فقضاء عمر بمحضر من الصحابة بالقافة من غير انكار من واحد منهم هو كالاجماع وهذا الحكم عند مالك اذا قضى القافة بالاشتراك أن يؤخر الصبى حتى يبلغ ويقال له وال أيهما شئت ولا يلحق واحد باثنين وبه قال الشافعى وقال أبو ثور يكون ابنا لهما اذا زعم القائف انهما اشتركا فيه وعند مالك انه ليس يكون ابنا للاثنين لقوله تعالى (يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وأنثى) واحتج القائلون بالقافة أيضا بحديث ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال ألم تسمعى ما قال مجزز المدلجى لزيد واسامة ورأى أقدامهما فقال ان هذه الأقدام بعضها من بعض قالوا وهذا مروى عن ابن عباس وعن أنس بن مالك ولا مخالف لهم من الصحابة وأما الكوفيون فقالوا الأصل أن لا يحكم لاحد المتنازعين فى الولد الا أن يكون هنالك فراش لقوله عليه السلام

الولد للفراش فاذا اعدم الفراش أو اشتركا فى الفراش كان ذلك بينهما وكأنهم رأوا ذلك بنوة شرعية لا طبيعة فانه ليس يلزم من قال انه لا يمكن أن يكون ابن واحد عن أبوين بالعقل أن لا يجوز وقوع ذلك فى الشرع وروى مثل قولهم عن عمر ورواه عبد الرزاق عن علىّ وقال الشافعى لا يقبل فى القافة الا رجلان وعن مالك فى ذلك روايتان احداهما مثل قول الشافعى والثانية انه يقبل قول قائف واحد والقافة فى المشهور عن مالك انما يقضى بها فى ملك اليمين فقط لا فى النكاح وروى ابن وهب عنه مثل قول الشافعى وقال أبو عمر بن عبد البر فى هذا حديث حسن مسند أخذ به جماعة من أهل الحديث وأهل الظاهر رواه الثورى عن صالح بن حى عن الشعبى عن زيد بن أرقم قال كان علىّ باليمن فأتى بامرأة وطئها ثلاثة أناس فى طهر واحد فسأل كل واحد منهم أن يقر لصاحبه بالولد فأبى فأقرع بينهم وقضى بالولد للذى أصابته القرعة وجعل عليه ثلثى الدية فرفع ذلك الى النبى صلى الله عليه وسلم فأعجبه وضحك حتى بدت نواجذه وفى هذا القول انفاذ الحكم بالقافة والحاق الولد بالقرعة واختلفوا فى ميراث القاتل على أربعة أقوال فقال قوم لا يرث القاتل أصلا من قتله وقال آخرون يرث القاتل وهم الأقل وفرق قوم بين الخطأ والعمد فقالوا لا يرث فى العمد شيأ ويرث فى الخطأ الا من الدية وهو قول مالك وأصحابه وفرق قوم بين أن يكون فى العمد قتل بأمر واجب أو بغير واجب مثل أن يكون ممن له اقامة الحدود وبالجملة بين أن يكون ممن يتهم أو لا يتهم وسبب الخلاف معارضة أصل الشرع فى هذا المعنى للنظر المصلحى وذلك أن النظر المصلحى يقتضى أن لا يرث لئلا يتذرع الناس من المواريث الى القتل واتباع الظاهر والتعبد يوجب أن لا يلتفت الى ذلك فانه لو كان ذلك مما قصد لالتفت اليه الشارع وما كان ربك نسيا كما تقول الظاهرية واختلفوا فى الوارث الذى ليس بمسلم يسلم بعد موت مورثه المسلم وقبل قسم الميراث وكذلك ان كان مورثه على غير دين الاسلام فقال الجمهور انما يعتبر فى ذلك وقت الموت فان كان اليوم الذى مات فيه المسلم وارثه ليس بمسلم لم يرثه أصلا سواء أسلم قبل قسم الميراث أو بعده وكذلك ان كان موروثه على غير دين الاسلام وكان الوارث يوم مات غير مسلم ورثه ضرورة سواء كان اسلامه قبل القسم أو بعده وقالت طائفة منهم

الحسن وقتادة وجماعة المعتبر في ذلك يوم القسم وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وعمدة كلا الفريقين قوله صلى الله عليه وسلم أيما دار أو أرض قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وأيما دار أو أرض أدركها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم الاسلام فمن اعتبر وقت القسمة حكم للمقسوم في ذلك الوقت بحكم الاسلام ومن اعتبر وجوب القسمة حكم في وقت الموت للمقسوم بحكم الاسلام وروى من حديث عطاء أن رجلا أسلم على ميراث على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يقسم فأعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم نصيبه وكذلك الحكم عندهم فيمن أعتق من الورثة بعد الموت وقبل القسم فهذه هي المسائل المشهورة التي تتعلق بهذا الكتاب قال القاضي ولما كان الميراث انما يكون بأحد ثلاثة أسباب اما بنسب أو صهر أو ولاء وكان قد قيل في الذي يكون بالنسب والصهر فيجب ان نذكر ههنا الولاء ولمن يجب ومن يحجب فيه ممن لا يحجب وما احكامه

(باب في الولاء)

فأما من يجب له الولاء ففيه مسائل مشهورة تجري مجرى الاصول لهذا الباب

﴿المسئلة الاولى﴾ اجمع العلماء على ان من اعتق عبده عن نفسه فان ولاءه له وانه يرثه اذا لم يكن له وارث وانه عصبة له اذا كان هنالك ورثة لا يحيطون بالمال فأما كون الولاء للمعتق عن نفسه فلما ثبت من قوله عليه السلام في حديث بريرة انما الولاء لمن اعتق واختلفوا اذا اعتق عبده عن غيره فقال مالك الولاء للمعتق عنه لا الذي باشر العتق وقال ابو حنيفة والشافعي ان اعتقه عن علم المعتق عنه فالولاء للمعتق عنه وان اعتقه عن غير علمه فالولاء للمباشر للعتق وعمدة الحنيفة والشافعية ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن اعتق وقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب قالوا فلما لم يجز ان يلتحق نسب بالحر بغير اذنه فكذلك الولاء ومن طريق المعنى فلان عتقه حرية وقعت في ملك المعتق فوجب ان يكون الولاء له اصله اذا اعتقه من نفسه وعمدة مالك انه اذا اعتقه عنه فقد ملكه اياه فأشبه الوكيل ولذلك اتفقوا على انه اذا اذن له المعتق عنه كان ولاؤه للمباشر (٧) وعند مالك انه من

(٧) هكذا بالنسخ ولعل صوابه كان ولاؤه له لا للمباشر تأمل اهـ مصححه

قال لعبده أنت حر لوجه الله وللمسلمين ان الولاء يكون للمسلمين وعندهم يكون للمعتق

﴿المسئلة الثانية﴾ اختلف العلماء فيمن اسلم على يديه رجل هل يكون ولاؤه له فقال مالك والشافعي والثوري وداود وجماعة لا ولاء له وقال ابو حنيفة واصحابه له ولاؤه اذا والاه وذلك ان من مذهبهم ان للرجل ان يوالي رجلا آخر فيرثه و يعقل عنه وان له ان ينصرف من ولائه الى ولاء غيره مالم يعقل عنه وقال غيره بنفس الاسلام على يديه يكون له ولاؤه فعمدة الطائفة الاولى قوله صلى الله عليه وسلم انما الولاء لمن عتق وانما هذه هي التي يسمونها الحاصرة وكذلك الالف واللام هي عندهم للحصر ومعنى الحصر هو ان يكون الحكم خاصا بالمحكوم عليه لا يشاركه فيه غيره عنى ان لا يكون ولاء بحسب مفهوم هذا القول الا للمعتق فقط المباشر وعمدة الحنفية في اثبات الولاء بالموالاة قوله تعالى (ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والاقربون) اوقوله تعالى (والذين عاقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم) وحجة من قال الولاء يكون بنفس الاسلام فقط حديث تميم الداري قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المشرك يسلم على يدي مسلم فقال هو احق الناس واولاهم بحياته ومماته وقضى به عمر بن عبد العزيز وعمدة الفريق الاول ان قوله تعالى (والذين عاقدت ايمانكم) منسوخة بآية المواريث وان ذلك كان في صدر الاسلام واجمعوا على انه لا يجوز بيع الولاء ولا هبته لثبوت نهيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك الا ولاء السائبة

﴿المسئلة الثالثة﴾ اختلف العلماء اذا قال السيد لعبده انت سائبة فقال مالك ولاؤه وعقله للمسلمين وجعله بمنزلة من اعتق عن المسلمين الا ان يريد به معنى العتق فقط فيكون ولاؤه له وقال الشافعي وابو حنيفة ولاؤه للمعتق على كل حال وبه قال احمد وداود وابو ثور وقالت طائفة له ان يجعل ولاءه حيث شاء وان لم يوال احدا كان ولاؤه للمسلمين وبه قال الليث والاوزاعي وكان ابراهيم والشعبي يقولان لا بأس ببيع ولاء السائبة وهبته وحجة هؤلاء هي الحجج المتقدمة في المسئلة التي قبلها واما من اجاز بيعه فلا اعرف له حجة في هذا الوقت

﴿المسئلة الرابعة﴾ اختلف العلماء في ولاء العبد المسلم اذا اعتقه النصراني قبل ان يباع عليه لمن يكون فقال مالك واصحابه ولاؤه للمسلمين فان اسلم مولاه بعد ذلك لم يعد اليه

ولاؤه ولا ميراثه وقال الجمهور ولاؤه لسيده فان أسلم كان له ميراثه وعمدة الجمهور أن الولاء كالنسب وأنه اذا أسلم الأب بعد اسلام الابن انه يرثه فكذلك العبد وأما عمدة مالك فعموم قوله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) فهو يقول انه لما لم يجب له الولاء يوم العتق لم يجب له فيما بعد وأما اذا وجب له يوم العتق ثم طرأ عليه مانع من وجوبه فلم يختلفوا انه اذا ارتفع ذلك المانع أنه يعود الولاء له ولذلك اتفقوا أنه اذا أعتق النصرانى الذمى عبده النصرانى قبل أن يسلم أحدهما ثم أسلم العبد ان الولاء يرتفع فان أسلم المولى عاد اليه وان كانوا اختلفوا فى الحربى يعتق عبده وهو على دينه ثم يخرجان الينا مسلمين فقال مالك هو مولاه يرثه وقال أبو حنيفة لا ولاء بينهما وللعبد أن يوالى من شاء على مذهبه فى الولاء والتحالف وخالف أشهب مالكا فقال اذا أسلم العبد قبل المولى لم يعد الى المولى ولاؤه أبدا وقال ابن القاسم يعود وهو معنى قول مالك لان مالكا يعتبر وقت العتق وهذه المسائل كلها هى مفروضة فى القول لا تقع بعد فانه ليس من دين النصارى أن يسترق بعضهم بعضا ولا من دين اليهود فيما يعتقدونه فى هذا الوقت ويزعمون انه من مللهم

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ أجمع جمهور العلماء على أن النساء ليس لهن مدخل فى وراثة الولاء الا من باشرن عتقه بأنفسهن أو ما جر اليهن من باشرن عتقه اما بولاء أو بنسب مثل معتق معتقها أو ابن معتقها وانهن لا يرثن معتق من يرثنه الا ما حكى عن شريح وعمدته أنه لما كان لها ولاء ما أعتقت بنفسها كان لها ولاء ما أعتقه موروثها قياسا على الرجل وهذا هو الذى يعرفونه بقياس المعنى وهو أرفع مراتب القياس وانما الذى يوهنه الشذوذ وعمدة الجمهور ان الولاء انما وجب للنعمة التى كانت للمعتق على المعتق وهذه النعمة انما توجد فيمن باشر العتق أو كان من سبب قوى من أسبابه وهم العصبة قال القاضى واذ قد تقرر من له ولاء ممن ليس له ولاء فبقى النظر فى ترتيب أهل الولاء فى الولاء فمن أشهر مسائلهم فى هذا الباب المسئلة التى يعرفونها بالولاء للكبر مثال ذلك رجل أعتق عبدا ثم مات ذلك الرجل وترك أخوين أو ابنين ثم مات أحد الاخوين وترك ابنا وأحد الابنين فقال الجمهور فى هذه المسئلة ان حظ الاخ الميت من الولاء لا يرثه عنه ابنه وهو راجع الى أخيه لانه أحق به من ابنه بخلاف

الميراث لان الحجب فى الميراث يعتبر بالقرب من الميت وهنا بالقرب من المباشر للعتق وهو مروى عن عمر بن الخطاب وعلى وعثمان وابن مسعود وزيد بن ثابت من الصحابة وقال شريح وطائفة من أهل البصرة حق الاخ الميت فى هذه المسئلة لبنيه وعمدة هؤلاء تشبيه الولاء بالميراث وعمدة الفريق الاول ان الولاء نسب مبدؤه من المباشر ومن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب المسئلة التى تعرف بجر الولاء وصورتها أن يكون عبد له بنون من أمة فاعتقت الامة ثم أعتق العبد بعد ذلك فان العلماء اختلفوا لمن يكون ولاء البنين اذا أعتق الاب وذلك انهم اتفقوا على أن ولاءهم بعد عتق الأم اذا لم يمس المولود الرق فى بطن أمه وذلك يكون اذا تزوجها العبد بعد العتق وقبل عتق الأب هو لموالى الأم واختلفوا اذا أعتق الاب هل يجر ولاء بنيه لمواليه أم لا يجر فذهب الجمهور ومالك وأبو حنيفة والشافعى وأصحابهم الى أنه يجر وبه قال على رضى الله عنه وابن مسعود والزبير وعثمان بن عفان وقال عطاء وعكرمة وابن شهاب وجماعة لا يجر ولاءه وروى عن عمر وقضى به عبد الملك بن مروان لما حدثه به قبيصة بن ذؤيب عن عمر بن الخطاب وان كان قد روى عن عمر مثل قول الجمهور وعمدة الجمهور ان الولاء مشبه بالنسب والنسب للاب دون الام وعمدة الفريق الثانى ان البنين لما كانوا فى الحرية تابعين لامهم كانوا فى موجب الحرية تابعين لها وهو الولاء وذهب مالك الى أن الجد يجر ولاء حفدته اذا كان أبوهم عبدا الا أن يعتق الاب وبه قال الشافعى وخالفه فى ذلك الكوفيون واعتمدوا فى ذلك على أن ولاء الجد انما يثبت لمعتق الجد على البنين من جهة الأب واذا لم يكن للاب ولاء فأحرى أن لا يكون للجد وعمدة الفريق الثانى أن عبودية الأب هى كموته فوجب أن ينتقل الولاء الى أبى الأب ولا خلاف بين من يقول بأن الولاء للعصبة فيما أعلم ان الابناء أحق من الآباء وأنه لا ينتقل الى العمود الأعلى الا اذا فقد العمود الأسفل بخلاف الميراث لأن البنوة عندهم أقوى تعصيبا من الابوة والأب أضعف تعصيبا والاخوة و بنوهم أقعد عند مالك من الجد وعند الشافعى وأبى حنيفة الجد أقعد منهم وسبب الخلاف من أقرب نسبا وأقوى تعصيبا وليس يورث بالولاء جزء مفروض وانما يورث تعصيبا فاذا مات المولى الأسفل ولم يكن له ورثة أصلا أو كان له ورثة

لا يحيطون بالميراث كان عاصبه المولى الأعلى وكذلك يعصب المولى الأعلى كل من للمولى الأعلى عليه ولادة نسب أعنى بناته و بنيه و بنى بنيه وفى هذا الباب مسئلة مشهورة وهى اذا ماتت امرأة ولها ولاء وولد وعصبة لمن ينتقل الولاء فقالت طائفة لعصبتها لأنهم الذين يعقلون عنها والولاء للعصبة وهو قول على بن أبى طالب وقال قوم لابنها وهو قول عمر بن الخطاب وعليه فقهاء الامصار وهو مخالف لاهل هذا السلف لان ابن المرأة ليس من عصبتها تم كتاب الفرائض والولاء والحمد لله حق حمده

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب العتق ﴾

والنظر فى هذا الكتاب فيمن يصح عتقه ومن لا يصح ومن يلزمه ومن لا يلزمه أعنى بالشرع وفى ألفاظ العتق وفى الايمان به وفى أحكامه وفى الشروط الواقعة فيه ونحن فانما نذكر من هذه الأبواب ما فيها من المسائل المشهورة التى يتعلق أكثرها بالمسموع فأما من يصح عتقه فانهم أجمعوا على أنه يصح عتق المالك التام الملك الصحيح الرشيد القوى الجسم الغنى غير العديم واختلفوا فى عتق من أحاط الدين بماله وفى عتق المريض وحكمه فأما من أحاط الدين بماله فان العلماء اختلفوا فى جواز عتقه فقال أكثر أهل المدينة مالك وغيره لا يجوز ذلك وبه قال الاوزاعى والليث وقال فقهاء العراق ذلك جائز حتى يحجر عليه الحاكم وذلك عند من يرى التحجير منهم وقد يتخرج عن مالك فى ذلك الجواز قياسا على ما روى عنه فى الرهن أنه يجوز وان أحاط الدين بمال الراهن ما لم يحجر عليه الحاكم وعمدة من منع عتقه ان ماله فى تلك الحال مستحق للغرماء فليس له أن يخرج منه شيأ بغير عوض وهى العلة التى بها يحجر الحاكم عليه التصرف والأحكام يجب أن توجد مع وجود عللها وتحجير الحاكم ليس بعلة وانما هو حكم واجب من موجبات العلة فلا اعتبار بوقوعه وعمدة الفريق الثانى أنه قد انعقد الاجماع على أن له أن يطأ جاريته ويحبلها ولا يرد شيأ مما أنفقه من ماله على نفسه وعياله حتى يضرب الحاكم على يديه فوجب أن يكون حكم تصرفاته هذا الحكم وهذا هو قول الشافعى ولا خلاف عند الجميع أنه لا يجوز أن يعتق

غير المحتلم مالم تكن وصية منه وكذلك المحجور ولا يجوز عند العلماء عتقه لشيء من
مماليكه الا مالكا وأكثر أصحابه فانهم أجازوا عتقه لأم ولده وأما المريض فالجمهور
على ان عتقه ان صح وقع وان مات كان من الثلث وقال أهل الظاهر هو مثل عتق
الصحيح وعمدة الجمهور حديث عمران بن الحصين ان رجلا أعتق ستة أعبد له
الحديث على ما تقدم وأما من يدخل عليهم العتق كرها فهم ثلاثة من بعض العتق
وهذا متفق عليه في أحد قسميه واثنان مختلف فيهما وهما من ملك من يعتق عليه
ومن مثل بعبده فاما من بعض العتق فانه ينقسم قسمين أحدهما من وقع
تبعيض العتق منه وليس له من العبد الا الجزء المعتق والثاني أن يكون يملك العبد
كله ولكن بعض عتقه اختيارا منه فأما العبد بين الرجلين يعتق أحدهما حظه
منه فان الفقهاء اختلفوا في حكم ذلك فقال مالك والشافعي وأحمد بن حنبل ان كان
المعتق موسرا قوم عليه نصيب شريكه قيمة العدل فدفع ذلك الى شريكه وعتق
الكل عليه وكان ولاؤه له وان كان المعتق معسرا لم يلزمه شيء وبقي المعتق بعضه عبدا
وأحكامه أحكام العبد وقال أبو يوسف ومحمد ان كان معسرا سعى العبد في قيمته
للسيد الذي لم يعتق حظه منه وهو حر يوم أعتق حظه منه الأول ويكون ولاؤه للأول
وبه قال الاوزاعي وابن شبرمة وابن أبي ليلى وجماعة الكوفيين الا أن ابن شبرمة
وابن أبي ليلى جعلا للعبد أن يرجع على المعتق بما سعى فيه متى أيسر وأما شريك
المعتق فان الجمهور على أن له الخيار في أن يعتق أو يقوم نصيبه على المعتق وقال أبو
حنيفة لشريك الموسر ثلاث خيارات أحدها أن يعتق كما أعتق شريكه ويكون
الولاء بينهما وهذا لا خلاف فيه بينهم والخيار الثاني أن تقوم عليه حصته والثالث
أن يكلف العبد السعي في ذلك ان شاء ويكون الولاء بينهما وللسيد المعتق عبده عنده
اذا قوم عليه شريكه نصيبه أن يرجع على العبد فيسعى فيه ويكون الولاء كله للمعتق
وعمدة مالك والشافعي حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق
شركا له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاءه
حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما عتق وعمدة محمد وأبي يوسف صاحبي
أبي حنيفة ومن يقول بقولهم حديث أبي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من

أعتق شقصا له فى عبد خلاصه فى ماله ان كان له مال فان لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه وكلا الحديثين خرجه أهل الصحيح البخارى ومسلم وغيرهما ولكل طائفة منهم قول فى ترجيح حديثه الذى أخذ به فما وهنت به الكوفية حديث ابن عمر أن بعض رواته شك فى الزيادة المعارضة فيه لحديث أبى هريرة وهو قوله والا فقد عتق منه ما عتق فهل هو من قوله عليه السلام أم من قول نافع وان فى ألفاظه أيضا بين رواته اضطرابا ومما وهن به المالكيون حديث أبى هريرة انه اختلف أصحاب قتادة فيه على قتادة فى ذكر السعاية وأما من طريق المعنى فاعتمدت المالكية فى ذلك على انه انما لزم السيد التقويم ان كان له مال للضرر الذى أدخله على شريكه والعبد لم يدخل ضررا فليس يلزمه شئ وعمدة الكوفيين من طريق المعنى ان الحرية حق شرعى لا يجوز تبعيضه فاذا كان الشريك المعتق موسرا عتق الكل عليه واذا كان معسرا سعى العبد فى قيمته وفيه مع هذا رفع الضرر الداخل على الشريك وليس فيه ضرر على العبد وربما أتوا بقياس شبهى وقالوا لما كان العتق يوجد منه فى الشرع نوعان نوع يقع بالاختيار وهو اعتاق السيد عبده ابتغاء ثواب الله ونوع يقع بغير اختيار وهو أن يعتق على السيد من لا يجوز له بالشريعة ملكه وجب أن يكون العتق بالسعى كذلك فالذى بالاختيار منه هو الكتابة والذى هو داخل بغير اختيار هو السعى واختلف مالك والشافعى فى أحد قوليه اذا كان المعتق موسرا هل يعتق عليه نصيب شريكه بالحكم أو بالسراية أعنى أنه يسرى وجوب عتقه عليه بنفس العتق فقالت الشافعية يعتق بالسراية وقالت المالكية بالحكم واحتجت المالكية بأنه لو كان واجبا بالسراية لسرى مع العدم واليسر واحتجت الشافعية باللازم عن مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام قوّم عليه قيمة العدل فقالوا ما يجب تقويمه فانما يجب بعد اتلافه فاذن بنفس العتق أتلف حظ صاحبه فوجب عليه تقويمه فى وقت الاتلاف وان لم يحكم عليه بذلك حاكم وعلى هذا فليس للشريك أن يعتق نصيبه لانه قد نفذ العتق وهذا بين وقول أبى حنيفة فى هذه المسئلة مخالف لظاهر الحديثين وقد روى فيها خلاف شاذ فقيل عن ابن سيرين انه جعل حصة الشريك فى بيت المال وقيل عن ربيعة فيمن أعتق نصيبا له فى عبد أن العتق

باطل وقال قوم لا يقوم على المعسر الكل وينفذ العتق فيما أعتق وقال قوم بوجوب التقويم على المعتق موسرا أو معسرا ويتبعه شريكه وسقط العسر فى بعض الروايات فى حديث ابن عمر وهذا كله خلاف الأحاديث ولعلهم لم تبلغهم الأحاديث واختلف قول مالك من هذا فى فرع وهو اذا كان معسرا فتأخر الحكم عليه باسقاط التقويم حتى أيسر فقيل يقوم وقيل لا يقوم واتفق القائلون بهذه الآثار على أن من ملك باختياره شقصا يعتق عليه من عبد أنه يعتق عليه الباقى ان كان موسرا الا اذا ملكه بوجه لا اختيار له فيه وهو أن يملكه بميراث فقال قوم يعتق عليه فى حال اليسر وقال قوم لا يعتق عليه وقال قوم فى حال اليسر بالسعاية وقال قوم لا واذا ملك السيد جميع العبد فأعتق بعضه فجمهور علماء الحجاز والعراق مالك والشافعى والثورى والأوزاعى وأحمد وابن أبى ليلى ومحمد بن الحسن وأبو يوسف يقولون يعتق عليه كله وقال أبو حنيفة وأهل الظاهر يعتق منه ذلك القدر الذى عتق ويسعى العبد فى الباقى وهو قول طاوس وحماد وعمدة استدلال الجمهور أنه لما ثبتت السنة فى اعتاق نصيب الغير على الغير لحرمة العتق كان أحرى ان يجب ذلك عليه فى ملكه وعمدة أبى حنيفة أن سبب وجوب العتق على المبعض للعتق هو الضرر الداخل على شريكه فاذا كان ذلك كله ملكا له لم يكن هنالك ضرر فسبب الاختلاف من طريق المعنى هل علة هذا الحكم حرمة العتق أعنى أن لا يقع فيه تبعيض أو مضرة الشريك واحتجت الحنفية بما رواه اسمعيل بن أمية عن أبيه عن جده أنه أعتق نصف عبده فلم ينكر رسول الله صلى الله عليه وسلم عتقه ومن عمدة الجمهور ما رواه النسائى وأبو داود عن أبى المليح عن أبيه أن رجلا من هذيل أعتق شقصا له من مملوك فتمم النبى عليه الصلاة والسلام عتقه وقال ليس لله شريك وعلى هذا فقد نص على العلة التى تمسك بها الجمهور وصارت علتهم أولى لأن العلة المنصوص عليها أولى من المستنبطة فسبب اختلافهم تعارض الآثار فى هذا الباب وتعارض القياس وأما الاعتاق الذى يكون بالمثلة فان العلماء اختلفوا فيه فقال مالك والليث والأوزاعى من مثل بعبده أعتق عليه وقال أبو حنيفة والشافعى لا يعتق عليه وشذ الأوزاعى فقال من مثل بعبد غيره أعتق

عليه والجمهور على انه يضمن مانقص من قيمة العبد فمالك ومن قال بقوله اعتمد حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان زنباعا وجد غلاما له مع جارية فقطع ذكره وجدع أنفه فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ما حملك على مافعلت فقال فعل كذا وكذا فقال النبي صلى الله عليه وسلم اذهب فأنت حر وعمدة الفريق الثاني قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر من لطم مملوكه أو ضربه فكفارته عتقه قالوا فلم يلزم العتق في ذلك وانما ندب اليه ولهم من طريق المعنى ان الاصل في الشرع هو انه لا يكره السيد على عتق عبده الا ماخصصه الدليل وأحاديث عمرو بن شعيب مختلف في صحتها فلم تبلغ من القوة ان يخصص بها مثل هذه القاعدة وأما هل يعتق على الانسان أحد من قرابته وان عتق فمن يعتق فانهم اختلفوا في ذلك فجمهور العلماء على انه يعتق على الرجل بالقرابة الا داود وأصحابه فانهم لم يروا أن يعتق أحد على أحد من قبل قربى والذين قالوا بالعتق اختلفوا فيمن يعتق ممن لا يعتق بعد اتفاقهم على انه يعتق على الرجل أبوه وولده فقال مالك يعتق على الرجل ثلاثة أحدها أصوله وهم الآباء والأجداد والجدات والأمهات وآباؤهم وأمهاتهم وبالجملة كل من كان له على الانسان ولادة والثاني فروعه وهم الأبناء والبنات وولدهم ماسفلوا وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات وبالجملة كل من للرجل عليه ولادة بغير توسط أو بتوسط ذكر أو أنثى والثالث الفروع المشاركة له في أصله القريب وهم الاخوة وسواء كانوا لأب وأم أو لأب فقط أو لأم فقط واقتصر من هذا العمود على القريب فقط فلم يوجب عتق بني الاخوة وأما الشافعي فقال مثل قول مالك في العمودين الأعلى والأسفل وخالفه في الاخوة فلم يوجب عتقهم وأما أبو حنيفة فاوجب عتق كل ذي رحم محرم بالنسب كالعم والعمة والخال والخالة وبنات الأخ ومن أشبههم ممن هو من الانسان ذو محرم وسبب اختلاف أهل الظاهر مع الجمهور اختلافهم في مفهوم الحديث الثابت وهو قوله عليه السلام لا يجزى ولد عن والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه خرجه مسلم والترمذي وأبو داود وغيرهم فقال الجمهور يفهم من هذا انه اذا اشتراه وجب عليه عتقه وانه ليس يجب عليه شراؤه وقالت الظاهرية المفهوم من الحديث انه ليس يجب عليه شراؤه ولا عتقه اذا اشتراه

قالوا لان اضافة عتقه اليه دليل على صحة ملكه له ولو كان ما قالوا صوابا لكان اللفظ الا أن يشتريه فيعتق عليه وعمدة الحنفية ما رواه قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من ملك ذا رحم محرم فهو حر وكأن هذا الحديث لم يصح عند مالك والشافعي وقاس مالك الاخوة على الابناء والآباء ولم يلحقهم بهم الشافعي واعتمد الحديث المتقدم فقط وقاس الابناء على الآباء وقد رامت المالكية أن تحتج لمذهبها بان البنوة صفة هي ضد العبودية وانه ليس تجتمع معها لقوله تعالى (وما ينبغي للرحمن أن يتخذ ولدا ان كل من في السموات والارض الا آتي الرحمن عبدا) وهذه العبودية هي معنى غير العبودية التي يحتجون بها فان هذه عبودية معقولة وبنوة معقولة والعبودية التي بين المخلوقين والمولاية هي عبودية بالشرع لا بالطبع أعني بالوضع لا مجال للعقل كما يقولون فيها عندهم وهو احتجاج ضعيف وانما أراد الله تعالى ان البنوة تساوي الابوة في جنس الوجود أو في نوعه أعني ان الموجودين اللذين أحدهما أب والآخر ابن هما متقاربان جدا حتى انهما اما أن يكونا من نوع واحد أو من جنس واحد وما دون الله من الموجودات فليس يجتمع معه سبحانه في جنس قريب ولا بعيد بل التفاوت بينهما غاية التفاوت فلم يصح أن يكون في الموجودات التي ههنا شئ نسبته اليه نسبة الاب الى الابن بل ان كان نسبة الموجودات اليه نسبة العبد الى السيد كان أقرب الى حقيقة الامر من نسبة الابن الى الاب لان التباعد الذي بين السيد والعبد في المرتبة أشد من التباعد الذي بين الاب والابن وعلى الحقيقة فلا شبه بين النسبتين لكن لما لم يكن في الموجودات نسبة أشد تباعدا من هذه النسبة أعني تباعد طرفيهما في الشرف والخسة ضرب المثال بها أعني نسبة العبد للسيد ومن لحظ المحبة التي بين الاب والابن والرحمة والرأفة والشفقة أجاز أن يقول في الناس انهم أبناء الله على ظاهر شريعة عيسى فهذه جملة المسائل المشهورة التي تتعلق بالعتق الذي يدخل على الانسان بغير اختياره وقد اختلفوا من أحكام العتق في مسئلة مشهورة تتعلق بالسماع وذلك أن الفقهاء اختلفوا فيمن أعتق عبيدا له في مرضه أو بعد موته ولا مال له غيرهم فقال مالك والشافعي وأصحابهما وأحمد وجماعة اذا أعتق في مرضه ولا مال له سواهم قسموا ثلاثة أجزاء

وعتق منهم جزء بالقرعة بعد موته وكذلك الحكم فى الوصية بعتقهم وخالف أشهب وأصبغ مالكا فى العتق المبتل فى المرض فقالا جميعا انما القرعة فى الوصية وأما حكم العتق المبتل فهو كحكم المدبر ولا خلاف فى مذهب مالك ان المدبرين فى كلمة واحدة اذا ضاق عنهم الثلث انه يعتق من كل واحد منهم بقدر حظه من الثلث وقال أبو حنيفة وأصحابه فى العتق المبتل اذا ضاق عنه الثلث انه يعتق من كل واحد منهم ثلثه وقال الغير بل يعتق من الجميع ثلثه فقوم من هؤلاء اعتبروا فى ثلث الجميع القيمة وهو مذهب مالك والشافعى وقوم اعتبروا العدد فعند مالك اذا كانوا ستة أعبد مثلا عتق منهم الثلث بالقيمة كان الحاصل فى ذلك اثنين منهم أو أقل أو أكثر وذلك أيضا بالقرعة بعد ان يجبروا على القسمة أثلاثا وقال قوم بل المعتبر العدد فان كانوا ستة عتق منهم اثنان وان كانوا مثلا سبعة عتق منهم اثنان وثلث فعمدة أهل الحجاز ما رواه أهل البصرة عن عمران بن الحصين ان رجلا أعتق ستة مماوكين عند موته ولم يكن له مال غيرهم فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثا ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة خرجه البخارى ومسلم مسندا وأرسله مالك وعمدة الحنفية ما جرت به عادتهم من رد الآثار التى تأتى بطرق الآحاد اذا خالفتها الاصول الثابتة بالتواتر وعمدتهم انه قد أوجب السيد لكل واحد منهم العتق تاما فلو كان له مال لنفذ باجماع فاذا لم يكن له مال وجب ان ينفذ لكل واحد منهم بقدر الثلث الجائز فعل السيد فيه وهذا الأصل ليس بينا من قواعد الشرع فى هذا الموضع وذلك انه يمكن ان يقال انه اذا أعتق من كل واحد منهم الثلث دخل الضرر على الورثة والعبيد المعتقين وقد ألزم الشرع مبعض العتق ان يتمم عليه فلما لم يمكن ههنا ان يتمم عليه جمع فى أشخاص بأعيانهم لكن متى اعتبرت القيمة فى ذلك دون العدد افضت الى هذا الأصل وهو تبعيض العتق فلذلك كان الاولى أن يعتبر العدد وهو ظاهر الحديث وكان الجزء المعتق فى كل واحد منهم هو حق لله فوجب ان يجمع فى أشخاص باعيانهم أصله حق الناس واختلفوا فى مال العبد اذا أعتق لمن يكون فقالت طائفة المال للسيد وقالت طائفة ماله تبع له وبالأول قال ابن مسعود من الصحابة ومن الفقهاء أبو حنيفة والثورى وأحمد واسحق وبالثانى قال ابن عمر وعائشة والحسن وعطاء ومالك وأهل المدينة

والحجة لهم حديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من أعتق عبدا فماله له الا ان يشترط السيد ماله وأما ألفاظ العتق فان منها صريحا ومنها كناية عند أكثر فقهاء الأمصار أما الألفاظ الصريحة فهو ان يقول أنت حر أو انت عتيق وما تصرف من هذه فهذه الألفاظ تلزم السيد باجماع من العلماء وأما الكناية فهي مثل قول السيد لعبده لا سبيل لي عليك أو لا ملك لي عليك فهذه ينوى فيها سيد العبد هل أراد به العتق أم لا عند الجمهور ومما اختلفوا فيه في هذا الباب اذا قال السيد لعبده يا بني أو لامته يا بنتي أو قال يا أبي أو يا أمي فقال قوم وهم الجمهور لا عتق يلزمه وقال أبو حنيفة يعتق عليه وشذ زفر فقال لو قال السيد لعبده هذا ابني عتق عليه وان كان العبد له عشرون سنة وللسيد ثلاثون سنة ومن هذا الباب اختلافهم فيمن قال لعبده ما أنت الا حر فقال قوم هو ثناء عليه وهم الأكثر وقال قوم هو حر وهو قول الحسن البصري ومن هذا الباب أيضا من نادى عبدا من عبيده باسمه فاستجاب له عبد آخر فقال له أنت حر وقال انما أردت الأول فقيل يعتقان عليه جميعا وقيل ينوى واتفقوا على ان من أعتق ما في بطن أمته فهو حر دون الأم واختلفوا فيمن أعتق أمة واستثنى ما في بطنها فقالت طائفة له استثناؤه وقالت طائفة هما حران واختلفوا في سقوط العتق بالمشيئة فقالت طائفة لا استثناء فيه كالطلاق و به قال مالك وقال قوم يؤثر فيه الاستثناء كقولهم في الطلاق أعني قول القائل لعبده أنت حر ان شاء الله وكذلك اختلفوا في وقوع العتق بشرط الملك فقال مالك يقع وقال الشافعي وغيره لا يقع وحجتهم قوله عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم وحجة الفرقة الثانية تشبيهم اياه باليمين وألفاظ هذا الباب شبيهة بألفاظ الطلاق وشروطه كشروطه وكذلك الايمان فيه شبيهة بايمان الطلاق وأما أحكامه فكثيرة منها أن الجمهور على أن الأبناء تابعون في العتق والعبودية للام وشذ قوم فقالوا الا أن يكون الأب عربيا ومنها اختلافهم في العتق الى أجل فقال قوم ليس له أن يطأها ان كانت جارية ولا يبيع ولا يهب و به قال مالك وقال قوم له جميع ذلك و به قال الاوزاعي والشافعي واتفقوا على جواز اشتراط الخدمة على المعتق مدة معلومة بعد العتق وقبل العتق واختلفوا فيمن قال لعبده ان بعتك فانت حر فقال قوم لا يقع عليه العتق لانه

اذا باعه لم يملك عتقه وقال قوم ان باعه يعتق عليه أعنى من مال البائع اذا باعه وبه قال مالك والشافعي وبالأول قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري وفروع هذا الباب كثيرة وفى هذا كفاية

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

(كتاب الكتابة)

والنظر الكلي في الكتابة ينحصر فى أركانها وشروطها وأحكامها أما الاركان فثلاثة العقد وشروطه وصفته والعاقد والمعقود عليه وصفاتهما ونحن نذكر المسائل المشهورة لأهل الأمصار فى جنس جنس من هذه الأجناس

(القول في مسائل العقد)

فمن مسائل هذا الجنس المشهورة اختلافهم فى عقد الكتابة هل هو واجب أو مندوب اليه فقال فقهاء الأمصار انه مندوب وقال أهل الظاهر هو واجب واحتجوا بظاهر قوله تعالى (فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا) والأمر على الوجوب وأما الجمهور فانهم لما رأوا أن الأصل هو أن لا يجبر أحد على عتق مملوكه حملوا هذه الآية على الندب لئلا تكون معارضة لهذا الأصل وأيضا فانه لما لم يكن للعبدان يحكم له على سيده بالبيع له وهو خروج رقبته عن ملكه بعوض فاحرى ان لا يحكم له عليه بخروجه عن غير عوض هو ماله وذلك ان كسب العبد هو للسيد وهذه المسئلة هي أقرب أن تكون من أحكام العقد من أن تكون من أركانه وهذا العقد بالجملة هو أن يشترى العبد نفسه وماله من سيده بمال يكتسبه العبد فاركان هذا العقد الثمن والمثمون والأجل والألفاظ الدالة على هذا العقد فاما الثمن فانهم اتفقوا على أنه يجوز اذا كان معلوما بالعلم الذى يشترط فى البيوع واختلفوا اذا كان فى لفظه ابهام مّا فقال أبو حنيفة ومالك يجوز أن يكاتب عبده على جارية أو عبد من غير أن يصفهما ويكون له الوسط من العبيد وقال الشافعي لا يجوز حتى يصفه فمن اعتبر فى هذا طلب المعاينة شبهه بالبيوع ومن رأى أن هذا العقد مقصوده المكارمة وعدم التشاح جوز فيه الغرر اليسير كالحال اختلافهم فى الصداق ومالك يجيز بين العبد وسيده من جنس الربا

مالا يجوز بين الاجنبي والاجنبي من مثل بيع الطعام قبل قبضه وفسخ الدين فى الدين وضع وتعجل ومنع ذلك الشافعي وأحمد وعن أبى حنيفة القولان جميعا وعمدة من أجازه انه ليس بين السيد وعبده ربا لانه وماله له وانما الكتابة سنة على حدتها وأما الأجل فانهم اتفقوا على أنه يجوز أن تكون مؤجلة واختلفوا فى هل تجوز حالة وذلك أيضا بعد اتفاقهم على أنها تجوز حالة على مال موجود عند العبد وهى التى يسمونها قطاعة لا كتابة وأما الكتابة فهى التى يشترى العبد فيها ماله ونفسه من سيده بمال يكتسبه فموضع الخلاف انما هو هل يجوز ان يشترى نفسه من سيده بمال حال ليس هو بيده فقال الشافعي هذا الكلام لغو وليس يلزم السيد منه شيء وقال متأخر واصحاب مالك قد لزمت الكتابة للسيد ويرفعه العبد الى الحاكم فينجم عليه المال بحسب حال العبد وعمدة المالكية ان السيد قد اوجب لعبده الكتابة الا انه اشترط فيها شرطا يتعذر غالبا فصح العقد وبطل الشرط وعمدة الشافعية ان الشرط الفاسد يعود ببطلان اصل العقد كمن باع جاريته واشترط ان لا يطأها وذلك انه اذا لم يكن له مال حاضر أدى الى عجزه وذلك ضد مقصود الكتابة وحاصل قول المالكية يرجع الى أن الكتابة من أركانها أن تكون منجمة وأنه اذا اشترط فيها ضد هذا الركن بطل الشرط وصح العقد واتفقوا على أنه اذا قال السيد لعبده قد كاتبتك على ألف درهم فاذا أديتها فانت حر أنه اذا أداها حر واختلفوا اذا قال له قد كاتبتك على ألف درهم وسكت هل يكون حرا دون ان يقول له فاذا أديتها فانت حر فقال مالك وأبو حنيفة هو حر لان اسم الكتابة لفظ شرعي فهو يتضمن جميع احكامه وقال قوم لا يكون حرا حتى يصرح بلفظ الاداء واختلف فى ذلك قول الشافعي ومن هذا الباب اختلاف قول ابن القاسم ومالك فيمن قال لعبده انت حر وعليك الف دينار فاختلف المذهب فى ذلك فقال مالك يلزمه وهو حر وقال ابن القاسم هو حر ولا يلزمه واما ان قال انت حر على ان عليك الف دينار فاختلف المذهب فى ذلك فقال مالك هو حر والمال عليه كغريم من الغرماء وقيل العبد بالخيار فان اختار الحرية لزمه المال ونفذت الحرية والا بقى عبدا وقيل ان قبل كانت كتابة يعتق اذا ادى والقولان لابن القاسم وتجوز الكتابة عند مالك على عمل محدود وتجوز عنده الكتابة المطلقة

ويردان الى كتابة مثله كالحال فى النكاح وتجوز الكتابة عنده على قيمة العبد أعنى كتابة مثله فى الزمان والثمن ومن هنا قيل انه تجوز عنده الكتابة الحالة واختلف هل من شرط هذا العقد ان يضع السيد من آخر أنجم الكتابة شيأ عن المكاتب لاختلافهم فى مفهوم قوله تعالى (وآتوهم من مال الله الذى آتاكم) وذلك ان بعضهم رأى ان السادة هم المخاطبون بهذه الآية ورأى بعضهم انهم جماعة المسلمين ندبوا لعون المكاتبين والذين رأوا ذلك اختلفوا هل ذلك على الوجوب أو على الندب والذين قالوا بذلك اختلفوا فى القدر الواجب فقال بعضهم ما ينطلق عليه اسم شئ وبعضهم حده * وأما المكاتب ففيه مسائل احداها هل تجوز كتابة المراهق وهل يجمع فى الكتابة الواحدة أكثر من عبد واحد وهل تجوز كتابة من يملك فى العبد بعضه بغير اذن شريكه وهل تجوز كتابة من لا يقدر على السعى وهل تجوز كتابة من فيه بقية رق فأما كتابة المراهق القوى على السعى الذى لم يبلغ الحلم فأجازها أبو حنيفة ومنعها الشافعى الا للبالغ وعن مالك القولان جميعا فعمدة من اشترط البلوغ تشبيهها بسائر العقود وعمدة من لم يشترطه أنه يجوز بين السيد وعبده مالا يجوز بين الأجانب وان المقصود من ذلك انما هو القوة على السعى وذلك موجود فى غير البالغ وأما هل يجمع فى الكتابة الواحدة أكثر من عبد واحد فان العلماء اختلفوا فى ذلك ثم اذا قلنا بالجمع فهل يكون بعضهم حلاء عن بعض بنفس الكتابة حتى لا يعتق واحد منهم الا بعتق جميعهم فيه ايضا خلاف فأما هل يجوز الجمع فان الجمهور على جواز ذلك ومنعه قوم وهو أحد قولى الشافعى وأما هل يكون بعضهم حلاء عن بعض فان فيه لمن أجاز الجمع ثلاثة أقوال فقالت طائفة ذلك واجب بمطلق عقد الكتابة أعنى حمالة بعضهم عن بعض وبه قال مالك وسفيان وقال آخرون لا يلزمه ذلك بمطلق العقد ويلزم بالشرط وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال الشافعى لا يجوز ذلك لا بالشرط ولا بمطلق العقد ويعتق كل واحد منهم اذا أدى قدر حصته فعمدة من منع الشركة مافى ذلك من الغرر لأن قدر ما يلزم واحدا واحدا من ذلك مجهول وعمدة من أجازه ان الغرر اليسير يستخف فى الكتابة لأنه بين السيد وعبده والعبد وماله لسيده وأما مالك فحجته انه لما كانت الكتابة

واحدة وجب ان يكون حكمهم حكم الشخص الواحد وعمدة الشافعية ان حمالة بعضهم عن بعض لا فرق بينها وبين حمالة الأجنبيين فمن رأى ان حمالة الأجنبيين فى الكتابة لا تجوز قال لا تجوز فى هذا الموضع وانما منعوا حمالة الكتابة لأنه اذا عجز المكاتب لم يكن للحميل شئ يرجع عليه وهذا كأنه ليس يظهر فى حمالة العبيد بعضهم عن بعض وانما الذى يظهر فى ذلك ان هذا الشرط هو سبب لأن يعجز من يقدر على السعى بعجز من لا يقدر عليه فهو غرر خاص بالكتابة الا أن يقال أيضا ان الجمع يكون سببا لان يخرج حرا من لا يقدر من نفسه أن يسعى حتى يخرج حرا فهو كما يعود برق من يقدر على السعى كذلك يعود بحرية من لا يقدر على السعى وأما أبو حنيفة فشبهها بالحمالة الاجنبى مع الاجنبى فى الحقوق التى تجوز فيها الحمالة فالزمها بالشرط ولم يلزمها بغير شرط وهو مع هذا أيضا لا يجيز حمالة الكتابة وأما العبد بين الشريكين فان العلماء اختلفوا هل لاحدهما أن يكاتب نصيبه دون اذن صاحبه فقال بعضهم ليس له ذلك والكتابة مفسوخة وما قبض منها هى بينهم على قدر حصصهم وقالت طائفة يجوز أن يكاتب الرجل نصيبه من عبده دون نصيب شريكه وفرقت فرقة فقالت يجوز باذن شريكه ولا يجوز بغير اذن شريكه وبالقول الاول قال مالك وبالثانى قال ابن أبى ليلى وأحمد وبالثالث قال أبو حنيفة والشافعى فى أحد قوليه وله قول آخر مثل قول مالك وعمدة مالك أنه لو جاز ذلك لادى الى أن يعتق العبد كله بالتقويم على الذى كاتب حظه منه وذلك لا يجوز الا فى تبعيض العتق ومن رأى أن له أن يكاتبه رأى ان عليه ان يتم عتقه اذا أدى الكتابة اذا كان موسرا فاحتجاج مالك هنا هو احتجاج بأصل لا يوافقه عليه الخصم لكن ليس يمنع من صحة الاصل أن لا يوافقه عليه الخصم وأما اشتراط الاذن فضعيف وأبو حنيفة يرى فى كيفية أداء المال للمكاتب اذا كانت الكتابة عن اذن شريكه ان كل ما ادى للشريك الذى كاتبه يأخذ منه الشريك الثانى نصيبه ويرجع بالباقى على العبد فيسعى له فيه حتى يتم له ما كان كاتبه عليه وهذا فيه بعد عن الاصول وأما هل تجوز مكاتبة من لا يقدر على السعى فلا خلاف فيما أعلم بينهم ان من شرط المكاتب أن يكون قويا على السعى لقوله تعالى (ان علمتم فيهم خيرا) وقد اختلف العلماء ما الخير الذى اشترطه

الله فى المكاتبين فى قوله ان علمتم فيهم خيرا فقال الشافعي الاكتساب والامانة وقال بعضهم المال والامانة وقال آخرون الصلاح والدين وأنكر بعض العلماء أن يكاتب من لا حرفة له مخافة السؤال وأجاز ذلك بعضهم لحديث بريرة انها كوتبت على أن تسأل الناس وكره مالك أن تكاتب الامة التى لا اكتساب لها بصناعة مخافة أن يكون ذلك ذريعة الى الزنا وأجاز مالك كتابة المدبرة وكل من فيه بقية رق الأأم الولد اذ ليس له عند مالك أن يستخدمها

(القول فى المكاتب)

وأما المكاتب فاتفقوا على ان من شرطه أن يكون مالكا صحيح الملك غير محجور عليه صحيح الجسم واختلفوا هل للمكاتب أن يكاتب عبده أم لا وسيأتى هذا فيما يجوز من أفعال المكاتب مما لا يجوز ولم يجز مالك أن يكاتب العبد المأذون له فى التجارة لان الكتابة عتق ولا يجوز له أن يعتق وكذلك لا تجوز كتابة من أحاط الدين بماله الا أن يجيز الغرماء ذلك اذا كان فى ثمن كتابته ان بيعت (٧) مثل ثمن رقبته وأما كتابة المريض فانها عنده فى الثلث توقف حتى يصح فتجوز أو يموت فتكون من الثلث كالعتق سواء وقد قيل ان حابى كان كذلك وان لم يحاب سعى فان أدى وهو فى المرض عتق وتجوز عنده كتابة النصرانى المسلم ويباع عليه كما يباع عليه العبد المسلم عنده فهذه هى مشهورات المسائل التى تتعلق بالاركان أعنى المكاتب والمكاتب والكتابة وأما الاحكام فكثيرة وكذلك الشروط التى تجوز فيها من التى لا تجوز ويشبه أن تكون أجناس الاحكام الاولى فى هذا العقد هو أن يقال متى يعتق المكاتب ومتى يعجز فيرق وكيف حاله ان مات قبل أن يعتق أو يرق ومن يدخل معه فى حال الكتابة ممن لا يدخل وتمييز ما بقى عليه من حجر الرق مما لم يبق عليه فلنبدأ بذكر مسائل الاحكام المشهورة التى فى جنس جنس من هذه الاجناس الخمسة

---

(٧) هكذا ببعض النسخ وفى بعضها اسقاط لفظ ان بيعت ولعله هو الصواب تأمل اه مصححه

(الجنس الاول)

فأما متى يخرج من الرق فانهم اتفقوا على أنه يخرج من الرق اذا أدى جميع الكتابة واختلفوا اذا عجز عن البعض وقد أدى البعض فقال الجمهور هو عبد ما بقى عليه من كتابته شئ وانه يرق اذا عجز عن البعض وروى عن السلف المتقدم سوى هذا القول الذى عليه الجمهور أقوال أربعة أحدها ان المكاتب يعتق بنفس الكتابة والثانى أنه يعتق منه بقدر ما أدى والثالث أنه يعتق ان أدى النصف فأكثر والرابع ان أدى الثلث والا فهو عبد وعمدة الجمهور ما خرجه أبو داود عن عمرو بن ابن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال أيما عبد كاتب على مائة أوقية فأداها الا عشرة أواق فهو عبد وأيما عبد كاتب على مائة دينار فأداها الا عشرة فهو عبد وعمدة من رأى أنه يعتق بنفس عقد الكتابة تشبيهه اياها بالبيع فكأن المكاتب اشترى نفسه من سيده فان عجز لم يكن له الا أن يتبعه بالمال كما لو أفلس من اشتراه منه الى أجل وقدمات وعمدة من رأى أنه يعتق منه بقدر ما أدى ما رواه يحيى بن كثير عن عكرمة عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال يؤدى المكاتب بقدر ما أدى دية حر وبقدر مارق منه دية عبد خرجه النسائى والخلاف فيه من قبل عكرمة كما ان الخلاف فى أحاديث عمرو بن شعيب من قبل انه روى من صحيفة وبهذا القول قال على أعنى بحديث ابن عباس وروى عن عمر بن الخطاب انه اذا أدى الشطر عتق وكان ابن مسعود يقول اذا أدى الثلث وأقوال الصحابة وان لم تكن حجة فالظاهر ان التقدير اذا صدر منهم أنه محمول على ان فى ذلك سنة بلغتهم وفى المسئلة قول خامس اذا أدى الثلاثة الارباع عتق وبقى عديما فى باقى المال وقد قيل ان أدى القيمة فهو غريم وهو قول عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت والاشهر عن عمر وأم سلمة هو مثل قول الجمهور وقول هؤلاء هو الذى اعتمده فقهاء الامصار وذلك انه صحت الرواية فى ذلك عنهم صحة لا شك فيها روى ذلك مالك فى موطئه وأيضا فهو أحوط لاموال السادات ولان فى المبيعات يرجع فى عين المبيع له اذا أفلس المشترى

(الجنس الثانى)

وأما متى يرق فانهم اتفقوا على انه انما يرق اذا عجز اما عن البعض واما عن الكل بحسب ما قدمنا اختلافهم واختلفوا هل للعبد أن يعجز نفسه اذا شاء من غير سبب أم ليس له ذلك الا بسبب فقال الشافعي الكتابة عقد لازم فى حق العبد (٧) وهى فى حق السيد غير لازمة وقال مالك وأبو حنيفة الكتابة عقد لازم من الطرفين أى بين العبد والسيد وتحصيل مذهب مالك فى ذلك ان العبد والسيد لا يخلو أن يتفقا على التعجيز أو يختلفا ثم اذا اختلفا فاما أن يريد السيد التعجيز ويأباه العبد أو بالعكس أعنى ان يريد به السيد البقاء على الكتابة ويريد العبد التعجيز فاما اذا اتفقا على التعجيز فلو يخلو الامر من قسمين أحدهما ان يكون دخل فى الكتابة ولد أولا يكون فان كان دخل ولد فى الكتابة فلا خلاف عنده انه لا يجوز التعجيز وان لم يكن له ولد ففى ذلك روايتان احداهما انه لا يجوز اذا كان له مال وبه قال أبو حنيفة والاخرى انه يجوز له ذلك فأما ان طلب العبد التعجيز وأبى السيد لم يكن ذلك للعبد ان كان معه مال أو كانت له قوة على السعى وأما ان أراد السيد التعجيز وأباه العبد فانه لا يعجزه عنده الا بحكم حاكم وذلك بعد ان يثبت السيد عند الحاكم انه لا مال له ولا قدرة على الاداء ونرجع الى عمدة أدلتهم فى أصل الخلاف فى المسئلة فعمدة الشافعي ماروى ان بريرة جاءت الى عائشة تقول لها انى أريد أن تشتريني وتعتقيني فقالت لها ان أراد أهلك فجاءت أهلها فباعوها وهى مكاتبة خرجه البخارى وعمدة المالكية تشبيههم الكتابة بالعقود اللازمة ولان حكم العبد فى هذا المعنى يجب ان يكون كحكم السيد وذلك ان العقود من شأنها ان يكون اللزوم فيها أو الخيار مستويا فى الطرفين واما أن يكون لازما من طرف وغير لازم من الطرف الثانى فخارج عن الاصول وعللوا حديث بريرة بان الذى باع أهلها كانت كتابتها لا رقبتها والحنفية تقول لما كان المغلب فى الكتابة حق العبد وجب ان يكون العقد لازما فى حق الآخر المغلب عليه وهو السيد أصله النكاح لانه

(٧) هكذا بالنسخ والمشهور من مذهب الشافعي عكس ما يقوله وربما دل له ما يأتى من الاستدلال تأمل اهـ مصححه

غير لازم فى حق الزوج لمكان الطلاق الذى بيده وهو لازم فى حق الزوجة والمالكية تعترض هذا بأن تقول انه عقد لازم فيما وقع به العوض اذ كان ليس له أن يسترجع الصداق

(الجنس الثالث)

وأما حكمه اذا مات قبل أن يؤدى الكتابة فاتفقوا على انه اذا مات دون ولد قبل أن يؤدى من الكتابة شيأ انه يرق واختلفوا اذا مات عن ولد فقال مالك حكم ولده كحكمه فان ترك مالا فيه وفاء للكتابة أدوه وعتقوا وان لم يترك مالا وكانت لهم قوة على السعى بقوا على نجوم أبيهم حتى يعجزوا أو يعتقوا وان لم يكن عندهم لامال ولا قدرة على السعى رقوا وأنه ان فضل عن الكتابة شئ من ماله ورثوه على حكم ميراث الاحرار وانه ليس يرثه الا ولده الذين هم فى الكتابة معه دون سواهم من وارثيه ان كان له وارث غير الولد الذى معه فى الكتابة وقال أبو حنيفة انه يرثه بعد أداء كتابته من المال الذى ترك جميع أولاده الذين كاتب عليهم أو ولدوا فى الكتابة وأولاده الاحرار وسائر ورثته وقال الشافعى لا يرثه بنوه الاحرار ولا الذين كاتب عليهم أو ولدوا فى الكتابة وماله لسيده وعلى أولاده الذين كاتب عليهم أن يسعوا من الكتابة فى مقدار حظوظهم منها وتسقط حصة الاب عنهم وبسقوط حصة الاب عنهم قال أبو حنيفة وسائر الكوفيين والذين قالوا بسقوطها قال بعضهم تعتبر القيمة وهو قول الشافعى وقيل بالثمن وقيل حصته على مقدار الرؤس وانما قال هؤلاء بسقوط حصة الاب عن الابناء الذين كاتب عليهم لا الذين ولدوا له فى الكتابة لان من ولد له أولاد فى الكتابة فهم تبع لابيهم وعمدة مالك أن المكاتبين كتابة واحدة بعضهم حلاء عن بعض ولذلك من عتق منهم أو مات لم تسقط حصته عن الباقى وعمدة الفريق الثانى ان الكتابة لا تضمن وروى مالك عن عبد الملك بن مروان فى موطئه مثل قول الكوفيين وسبب اختلافهم ماذا يموت عليه المكاتب فعند مالك أنه يموت مكاتبا وعند أبى حنيفة أنه يموت حرا وعند الشافعى أنه يموت عبدا وعلى هذه الاصول بنوا الحكم فيه فعمدة الشافعية ان العبودية والحرية ليس بينهما وسط واذا مات

المكاتب فليس حرا بعد لان حريته انما تجب بأداء كتابته وهو لم يؤدها بعد فقد بقي انه مات عبدا لأنه لا يصح أن يعتق الميت وعمدة الحنفية ان العتق قد وقع بموته مع وجود المال الذى كاتب عليه لأنه ليس له أن يرق نفسه والحرية يجب ان تكون حاصلة له بوجود المال لا بدفعه الى السيد وأما مالك فجعل موته على حالة متوسطة بين العبودية والحرية وهي الكتابة فمن حيث لم يورث أولاده الاحرار منه جعل له حكم العبيد ومن حيث لم يورث سيده ماله حكم له بحكم الاحرار والمسئلة فى حد الاجتهاد ومما يتعلق بهذا الجنس اختلافهم فى أم ولد المكاتب اذا مات المكاتب وترك بنين لا يقدرون على السعي وأرادت الأم ان تسعى عليهم فقال مالك لها ذلك وقال الشافعي والكوفيون ليس لها ذلك وعمدتهم ان أم الولد اذا مات المكاتب مال من مال السيد وأما مالك فيرى ان حرمة الكتابة التي لسيدها صائرة اليها والى بنيها ولم يختلف قول مالك ان المكاتب اذا ترك بنين صغارا لا يستطيعون السعي وترك أم ولد لا تستطيع السعي انها تباع ويؤدى منها باقي الكتابة وعند أبى يوسف ومحمد بن الحسن انه لا يجوز بيع المكاتب لأم ولده ويجوز عند أبى حنيفة والشافعي واختلف أصحاب مالك فى أم ولد المكاتب اذا مات المكاتب وترك بنين ووفاء كتابته هل تعتق أم ولده أم لا فقال ابن القاسم اذا كان معها ولد عتقت والا رقت وقال أشهب تعتق على كل حال وعلى أصل الشافعي كل ما ترك المكاتب مال من مال سيده لا ينتفع به البنون فى أداء ما عليهم من كتابته كانوا معه فى عقد الكتابة أو كانوا ولدوا فى الكتابة وانما عليهم السعي وعلى أصل أبى حنيفة يكون حرا ولا بد ومذهب ابن القاسم كأنه استحسان

(الجنس الرابع)

وهو النظر فيمن يدخل معه فى عقد الكتابة ومن لا يدخل واتفقوا من هذا الباب على ان ولد المكاتب لا يدخل فى كتابة المكاتب الا بالشرط لأنه عبد آخر لسيده وكذلك اتفقوا على دخول ما ولد له فى الكتابة فيها واختلفوا فى أم الولد على ما تقدم وكذلك اختلفوا فى دخول ماله أيضا بمطلق العقد فقال مالك يدخل ماله فى الكتابة وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يدخل وقال الاوزاعي يدخل بالشرط أعني اذا اشترطه

المكاتب وهذه المسئلة مبنية على هل يملك العبد أم لا يملك وعلى هل يتبعه ماله فى العتق أم لا وقد تقدم ذلك

(الجنس الخامس)

وهو النظر فيما يحجر فيه على المكاتب مما لا يحجر ويبقى من أحكام العبد فيه فنقول انه قد أجمع العلماء من هذا الباب على أنه ليس للمكاتب ان يهب من ماله شيأ له قدر ولا يعتق ولا يتصدق بغير اذن سيده فانه محجور عليه فى هذه الامور وأشباهها أعنى انه ليس له ان يخرج من يده شيأ من غير عوض واختلفوا من هذا الباب فى فروع منها انه اذا لم يعلم السيد بهبته أو بعتقه الا بعد أداء كتابته فقال مالك وجماعة من العلماء ان ذلك نافذ ومنعه بعضهم وعمدة من منعه ان ذلك وقع فى حالة لا يجوز وقوعه فيها فكان فاسدا وعمدة من أجازه ان السبب المانع من ذلك قد ارتفع وهو مخافة أن يعجز العبد وسبب اختلافهم هل اذن السيد من شرط لزوم العقد أو من شرط صحته فمن قال من شرط الصحة لم يجزه وان عتق ومن قال من شرط لزومه قال يجوز اذا عتق لأنه وقع عقدا صحيحا فلما ارتفع الاذن المرتقب فيه صح العقد كما لو أذن هذا كله عند من أجاز عتقه اذا أذن السيد فان الناس اختلفوا أيضا فى ذلك بعد اتفاقهم على انه لا يجوز عتقه اذا لم يأذن السيد فقال قوم ذلك جائز وقال قوم لا يجوز وبه قال أبو حنيفة وبالجواز قال مالك وعن الشافعى فى ذلك القولان جميعا والذين أجازوا ذلك اختلفوا فى ولاء المعتق لمن يكون فقال مالك ان مات المكاتب قبل ان يعتق كان ولاء عبده لسيده وان مات وقد عتق المكاتب كان ولاؤه له وقال قوم من هؤلاء بل ولاؤه على كل حال لسيده وعمدة من لم يجز عتق المكاتب ان الولاء يكون للمعتق لقوله عليه السلام انما الولاء لمن أعتق ولا ولاء للمكاتب فى حين كتابته فلم يصح عتقه وعمدة من رأى ان الولاء للسيد ان عبد عبده بمنزلة عبده ومن فرق بين ذلك فهو استحسان ومن هذا الباب اختلافهم فى هل للمكاتب ان ينكح أو يسافر بغير اذن سيده فقال جمهورهم ليس له ان ينكح الا باذن سيده وأباح بعضهم النكاح له وأما السفر فأباحه له جمهورهم ومنعه بعضهم وبه قال مالك وأباحه سحنون من أصحاب مالك ولم يجز للسيد ان يشترطه

على المكاتب وأجازه ابن القاسم في السفر القريب والعلة في منع النكاح انه يخاف
ان يكون ذلك ذريعة الى عجزه والعلة في جواز السفر ان به يقوى على التكسب
في أداء كتابته وبالجملة فللعلماء في هذه المسئلة ثلاثة أقوال أحدها ان للمكاتب
ان يسافر باذن سيده وبغير اذنه ولا يجوز ان يشترط عليه ان لا يسافر وبه قال أبو حنيفة
والشافعي والقول الثاني انه ليس له ان يسافر الا باذن سيده وبه قال مالك والثالث
ان بمطلق عقد الكتابة له أن يسافر الا أن يشترط عليه سيده ان لا يسافر وبه قال
أحمد والثوري وغيرهما ومن هذا الباب اختلافهم في هل للمكاتب ان يكاتب عبد الله
فأجاز ذلك مالك مالم يرد به المحاباة وبه قال أبو حنيفة والثوري وللشافعي قولان
أحدهما اثبات الكتابة والآخر ابطالها وعمدة الجماعة انها عقد معاوضة المقصود
منه طلب الربح فاشبه سائر العقود المباحة من البيع والشراء وعمدة الشافعية ان الولاء
لمن أعتق ولا ولاء للمكاتب لأنه ليس بحر واتفقوا على أنه لا يجوز للسيد انتزاع شئ
من ماله ولا الانتفاع منه بشئ واختلفوا في وطء السيد أمته المكاتبة فصار الجمهور الى
منع ذلك وقال أحمد وداود وسعيد بن المسيب من التابعين ذلك جائز اذا اشترطه عليها
وعمدة الجمهور انه وطء تقع الفرقة فيه الى أجل آت فاشبه النكاح الى أجل وعمدة
الفريق الثاني تشبيهها بالمدبرة وأجمعوا على انها ان عجزت حل وطؤها واختلف
الذين منعوا ذلك اذا وطئها هل عليه حد أم لا فقال جمهورهم لا حد عليه لأنه وطء بشبهة
وقال بعضهم عليه الحد واختلفوا في ايجاب الصداق لها والعلماء فيما أعلم على انه
في أحكامه الشرعية على حكم العبد مثل الطلاق والشهادة والحد وغير ذلك مما
يختص به العبيد ومن هذا الباب اختلافهم في بيعه فقال الجمهور لا يباع المكاتب
الا بشرط ان يبقى على كتابته عند مشتريه وقال بعضهم بيعه جائز مالم يؤد شيأ من
كتابته لان بريرة بيعت ولم تكن أدت من كتابتها شيأ وقال بعضهم اذا رضي
المكاتب بالبيع جاز وهو قول الشافعي لأن الكتابة عنده ليست بعقد لازم في حق
العبد واحتج بحديث بريرة اذ بيعت وهي مكاتبة وعمدة من لم يجز بيع المكاتب
مافي ذلك من نقض العهد وقد أمر الله تعالى بالوفاء به وهذه المسئلة مبنية على هل
الكتابة عقد لازم أم لا وكذلك اختلفوا في بيع الكتابة فقال الشافعي وأبو حنيفة

لايجوز ذلك وأجازها مالك ورأى الشافعة فيها للمكاتب ومن أجاز ذلك شبه بيعها ببيع الدين ومن لم يجز ذلك رآه من باب الغرر وكذلك شبه مالك الشفعة فيها بالشفعة فى الدين وفى ذلك أثر عن النبى صلى الله عليه وسلم أعنى فى الشفعة فى الدين ومذهب مالك فى بيع الكتابة انها ان كانت بذهب انها تجوز بعرض معجل لامؤجل لما يدخل فى ذلك من الدين بالدين وان كانت الكتابة بعرض كان شراؤها بذهب أو فضة معجلين أو بعرض مخالف واذا أعتق فولاؤه للمكاتب لاللمشترى ومن هذا الباب اختلافهم هل للسيد ان يجبر عبده على الكتابة أم لا * وأما شروط الكتابة فمنها شرعية هى من شروط صحة العقد وقد تقدمت عند ذكر أركان الكتابة ومنها شروط بحسب التراضى وهذه الشروط منها ما يفسد العقد ومنها ما اذا تمسك بها أفسدت العقد واذا تركت صح العقد ومنها شروط جائزة غير لازمة ومنها شروط جائزة لازمة وهذه كلها هى مبسوطة فى كتب الفروع وليس كتابنا هذا كتاب فروع وانما هو كتاب أصول والشروط التى تفسد العقد بالجملة هى الشروط التى هى ضد شروط الصحة المشروعة فى العقد والشروط الجائزة هى التى لا تؤدى الى اخلال بالشروط المصححة للعقد ولا تلازمها فهذه الجملة ليس يختلف الفقهاء فيها وانما يختلفون فى الشروط لاختلافهم فيما هو منها شرط من شروط الصحة أوليس منها وهذا يختلف بحسب القرب والبعد من اخلالها بشروط الصحة ولذلك جعل مالك جنسا ثالثا من الشروط وهى الشروط التى ان تمسك بها المشترط فسد العقد وان لم يتمسك بها جاز وهذا ينبغى ان تفهمه فى سائر العقود الشرعية فمن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب اذا اشترط فى الكتابة شرطا من خدمة أو سفر أو نحوه وقوى على أداء نجومه قبل محل أجل الكتابة هل يعتق أم لا فقال مالك وجماعة ذلك الشرط باطل ويعتق اذا أدى جميع المال وقالت طائفة لا يعتق حتى يؤدى جميع المال ويأتى بذلك الشرط وهو مروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه أعتق رقيق الامارة وشرط عليهم ان يخدموا الخليفة بعد ثلاث سنين ولم يختلفوا ان العبد اذا أعتقه سيده على ان يخدمه سنين انه لا يتم عتقه الا بخدمة تلك السنين ولذلك القياس قول من قال ان الشرط لازم فهذه المسائل الواقعة المشهورة فى أصول هذا الكتاب وههنا مسائل تذكر فى هذا

الكتاب وهي من كتب أخر وذلك انها اذا ذكرت فى هذا الكتاب ذكرت على انها فروع تابعة للاصول فيه واذا ذكرت فى غيره ذكرت على انها أصول ولذلك كان الاولى ذكرها فى هذا الكتاب فمن ذلك اختلافهم اذا زوج السيد بنته من مكاتبه ثم مات السيد وورثته البنت فقال مالك والشافعى ينفسخ النكاح لانها ملكت جزأ منه وملك بين المرأة محرم عليها باجماع وقال أبو حنيفة يصح النكاح لان الذى ورثت انما هو مال فى ذمة المكاتب لا رقبة المكاتب وهذه المسئلة هى أحق بكتاب النكاح ومن هذا الباب اختلافهم اذا مات المكاتب وعليه دين و بعض الكتابة هل يحاص سيده الغرماء أم لا فقال الجمهور لا يحاص الغرماء وقال شريح وابن أبى ليلى وجماعة يضرب السيد مع الغرماء وكذلك اختلفوا اذا أفلس وعليه دين يغترق ما بيده هل يتعدى ذلك الى رقبته فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة لا سبيل لهم الى رقبته وقال الثورى وأحمد يأخذونه الا ان يفتكه السيد واتفقوا على انه اذا عجز عن عقل الجنايات انه يسلم فيها الا ان يعقل عنه سيده والقول فى هل يحاص سيده الغرماء أو لا يحاص هو من كتاب التفليس والقول فى جنايته هو من باب الجنايات ومن مسائل الاقضية التى هى فروع فى هذا الباب وأصل فى باب الاقضية اختلافهم فى الحكم عند اختلاف السيد والمكاتب فى مال الكتابة فقال مالك وأبو حنيفة القول قول المكاتب وقال الشافعى ومحمد وأبو يوسف يتحالفان و يتفاسخان قياسا على المتبايعين وفروع هذا الباب كثيرة لكن الذى حضر منها الآن فى الذكر هو ما ذكرناه ومن وقعت له من هذا الباب مسائل مشهورة الخلاف بين فقهاء الامصار وهى قريبة من المسموع فينبغى ان تثبت فى هذا الموضع اذ كان القصد انما هو اثبات المسائل المشهورة التى وقع الخلاف فيها بين فقهاء الامصار مع المسائل المنطوق بها فى الشرع وذلك ان قصدنا فى هذا الكتاب كما قلنا غير مامرة انما هو ان نثبت المسائل المنطوق بها فى الشرع المتفق عليها والمختلف فيها ونذكر من المسائل المسكوت عنها التى شهر الخلاف فيها بين فقهاء الامصار فان معرفة هذين الصنفين من المسائل هى التى تجرى للمجتهد مجرى الاصول فى المسكوت عنها وفى النوازل التى لم يشتهر الخلاف فيها بين فقهاء الامصار سواء نقل

فيها مذهب عن واحد منهم أو لم ينقل ويشبه ان يكون من تدرب في هذه المسائل وفهم أصول الاسباب التي أوجبت خلاف الفقهاء فيها ان يقول ما يجب في نازلة نازلة من النوازل أعني ان يكون الجواب فيها على مذهب فقيه فقيه من فقهاء الامصار أعني في المسئلة الواحدة بعينها ويعلم حيث خالف ذلك الفقيه أصله وحيث لم يخالف وذلك اذا نقل عنه في ذلك فتوى فأما اذا لم ينقل عنه في ذلك فتوى أو لم يبلغ ذلك الناظر في هذه الاصول فيمكنه ان يأتي بالجواب بحسب أصول الفقيه الذي يفتي على مذهبه وبحسب الحق الذي يؤديه اليه اجتهاده ونحن نروم ان شاء الله بعد فراغنا من هذا الكتاب أن نضع في مذهب مالك كتابا جامعا لاصول مذهبه ومسائله المشهورة التي تجري في مذهبه مجرى الاصول للتفريع عليها وهذا هو الذي عمله ابن القاسم في المدونة فانه جاوب فيما لم يكن عنده فيها قول مالك على قياس ما كان عنده في ذلك الجنس من مسائل مالك التي هي فيها جارية مجرى الاصول لما جبل عليه الناس من الاتباع والتقليد في الاحكام والفتوى بيدان في قوة هذا الكتاب ان يبلغ به الانسان كما قلنا رتبة الاجتهاد اذا تقدم فعلم من اللغة والعربية وعلم من أصول الفقه ما يكفيه في ذلك ولذلك رأينا ان أخص الاسماء بهذا الكتاب ان نسميه كتاب (بداية المجتهد وكفاية المقتصد)

﴿بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما﴾

(كتاب التدبير)

والنظر في التدبير في أركانه وفي أحكامه أما الاركان فهي أربعة المعنى واللفظ والمدبر والمدبر وأما الاحكام فصنفان أحكام العقد وأحكام المدبر

﴿الركن الاول﴾ فنقول أجمع المسلمون على جواز التدبير وهو أن يقول السيد لعبده أنت حر عن دبر مني أو يطلق فيقول أنت مدبر وهذان هما عندهم لفظا التدبير باتفاق والناس في التدبير والوصية على صنفين منهم من لم يفرق بينهما ومنهم من فرق بين التدبير والوصية بأن جعل التدبير لازما والوصية غير لازمة والذين فرقوا بينهما اختلفوا في مطلق لفظ الحرية بعد الموت هل يتضمن معنى الوصية أو حكم التدبير أعني اذا قال أنت حر بعد موتي فقال مالك اذا قال وهو صحيح أنت حر بعد موتي فالظاهر

أنه وصية والقول قوله فى ذلك ويجوز رجوعه فيها الا أن يريد التدبير وقال أبو حنيفة الظاهر من هذا القول التدبير وليس له أن يرجع فيه وبقوله مالك قال ابن القاسم وبقول أبى حنيفة قال أشهب قال الا أن يكون هنالك قرينة تدل على الوصية مثل أن يكون سفراً ويكون مريضاً وما أشبه ذلك من الأحوال التى جرت العادة أن يكتب الناس فيها وصاياهم فعلى قول من لا يفرق بين الوصية والتدبير وهو الشافعى ومن قال بقوله هذا اللفظ هو من ألفاظ صريح التدبير وأما على مذهب من يفرق فهو اما من كنايات التدبير واما ليس من كناياته ولا من صريحه وذلك ان من يحمله على الوصية فليس هو عنده لا من كناياته ولا من صريحه ومن يحمله على التدبير وينويه فى الوصية فهو عنده من كناياته وأما المدبر فانهم اتفقوا على ان الذى يقبل هذا العقد هو كل عبد صحيح العبودية ليس يعتق على سيده سواء ملك كله أو بعضه واختلفوا فى حكم من ملك بعضاً فدبره فقال مالك يجوز ذلك وللذى لم يدبر حظه خياران أحدهما أن يتقاومانه فان اشتراه الذى دبره كان مدبراً كله وان لم يشتره انتقض التدبير والخيار الثانى أن يقومه عليه الشريك وقال أبو حنيفة للشريك الذى لم يدبر ثلاث خيارات ان شاء استمسك بحصته وان شاء استسعى العبد فى قيمة الحصة التى له فيه وان شاء قومها على شريكه ان كان موسراً وان كان معسراً استسعى العبد وقال الشافعى يجوز التدبير ولا يلزم شئ من هذا كله ويبقى العبد المدبر نصفه أو ثلثه على ماهو عليه فاذا مات مدبره عتق منه ذلك الجزء ولم يقوم الجزء الباقى منه على السيد على مايفعل فى سنة العتق لان المال قد صار لغيره وهم الورثة وهذه المسئلة هى من الاحكام لا من الاركان أعنى أحكام المدبر فلتثبت فى الاحكام وأما المدبر فاتفقوا على أن من شروطه أن يكون مالكاً تام الملك غير محجور عليه سواء كان صحيحاً أو مريضاً وان من شرطه أن لا يكون ممن أحاط الدين بماله لانهم اتفقوا على أن الدين يبطل التدبير واختلفوا فى تدبير السفيه فهذه هى أركان هذا الباب وأما أحكامه فأصولها راجعة الى أجناس خمسة أحدها مماذا يخرج المدبر هل من رأس المال أو الثلث والثانى ما يبقى فيه من أحكام الرق مما ليس يبقى فيه أعنى مادام مدبراً والثالث ما يتبعه فى الحرية مما ليس يتبعه والرابع مبطلات التدبير الطارئة عليه والخامس فى أحكام تبعيض التدبير

(الجنس الاول)

فأما ما اذا يخرج المدبر اذا مات المدبر فان العلماء اختلفوا فى ذلك فذهب الجمهور الى أنه يخرج من الثلث وقالت طائفة هو من رأس المال معظمهم أهل الظاهر فمن رأى انه من الثلث شبهه بالوصية لأنه حكم يقع بعد الموت وقد روى حديث عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال المدبر من الثلث الا انه أثر ضعيف عند أهل الحديث لأنه رواه على بن ظبيان عن نافع عن عبد الله بن عمر وعلى بن ظبيان متروك الحديث عند أهل الحديث ومن رآه من رأس المال شبهه بالشئ يخرجه الانسان من ماله فى حياته فأشبه الهبة واختلف القائلون بانه من الثلث فى فروع وهو اذا دبر الرجل غلاماله فى صحته وأعتق فى مرضه الذى مات منه غلاما آخر فضاق الثلث عن الجمع بينهما فقال مالك يقدم المدبر لأنه كان فى الصحة وقال الشافعى يقدم المعتق المبتل لأنه لا يجوز له رده ومن أصله انه يجوز عنده رد التدبير وهذه المسئلة هى أحق بكتاب الوصايا

(وأما الجنس الثانى)

فأشهر مسئلة فيه هى هل للمدبر ان يبيع المدبر أم لا فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة من أهل الكوفة ليس للسيد أن يبيع مدبره وقال الشافعى وأحمد وأهل الظاهر وأبو ثور له أن يرجع فيبيع مدبره وقال الاوزاعى لا يباع الا من رجل يريد عتقه واختلف أبو حنيفة ومالك من هذه المسئلة فى فروع وهو اذا بيع فاعتقه المشترى فقال مالك ينفذ العتق وقال أبو حنيفة والكوفيون البيع مفسوخ سواء أعتقه المشترى أو لم يعتقه وهو أقيس من جهة انه ممنوع عبادة فعمدة من أجاز بيعه ما ثبت من حديث جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم باع مدبرا وربما شبهوه بالوصية وأما عمدة المالكية فعموم قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) لانه عتق الى أجل فاشبه أم الولد وأشبه العتق المطلق فكان سبب الاختلاف ههنا معارضة القياس للنص أو العموم للخصوص ولا خلاف بينهم ان المدبر أحكامه فى حدوده وطلاقه وشهادته وسائر أحكامه أحكام العبيد واختلفوا من هذا الباب فى جواز وطء المدبرة فجمهور العلماء على جواز وطئها وروى عن ابن شهاب منع ذلك وعن الاوزاعى كراهية

ذلك اذا لم يكن وطئها قبل التدبير وعمدة الجمهور تشبيهها بأم الولد ومن يجز ذلك شبهها بالمعتقة الى أجل ومن منع وطء المعتقة الى أجل شبهها بالمنكوحة الى أجل وهى المتعة واتفقوا على ان للسيد فى المدبر الخدمة ولسيده أن ينتزع ماله منه متى شاء كالحال فى العبد قال مالك الا أن يمرض مرضا مخوفا فيكره له ذلك

(الجنس الثالث)

فأما ما يتبعه فى التدبير مما لا يتبعه فان من مسائلهم المشهورة فى هذا الباب اختلافهم فى ولد المدبرة الذين تلدهم بعد تدبير سيدها من نكاح أو زنا فقال الجمهور ولدها بعد تدبيرها بمنزلتها يعتقون بعتقها ويرقون برقها وقال الشافعى فى قوله المختار عند أصحابه انهم لا يعتقون بعتقها وأجمعوا على انه اذا أعتقها سيدها فى حياته انهم يعتقون بعتقها وعمدة الشافعية انهم اذا لم يعتقوا فى العتق المنجز فأحرى أن لا يعتقوا فى العتق المؤجل بالشرط واحتج أيضا باجماعهم على ان الموصى لها بالعتق لا يدخل فيه بنوها والجمهور رأوا أن التدبير حرمة ما فأوجبوا اتباع الولد تشبيها بالكتابة وقول الجمهور مروى عن عثمان وابن مسعود وابن عمر وقول الشافعى مروى عن عمر بن عبد العزيز وعطاء بن أبى رباح ومكحول وتحصيل مذهب مالك فى هذا ان كل امرأة فولدها تابع لها ان كانت حرة فحر وان كانت مكاتبة فمكاتب وان كانت مدبرة فمدبر أو معتقة الى أجل فعتق الى أجل وكذلك أم الولد ولدها بمنزلتها وخالف فى ذلك أهل الظاهر وكذلك المعتق بعضه عند مالك وأجمع العلماء على أن كل ولد من تزويج فهو تابع لامه فى الرق والحرية وما بينهما من العقود المفضية الى الحرية الا ما اختلفوا فيه من التدبير ومن أمة زوجها عربى وأجمعوا على أن كل ولد من ملك يمين أنه تابع لأبيه ان حرا فحر وان عبدا فعبد وان مكاتبا فمكاتب واختلفوا فى المدبر اذا تسرى فولد له فقال مالك حكمه حكم الاب يعنى أنه مدبر وقال الشافعى وأبو حنيفة ليس يتبعه ولده فى التدبير وعمدة مالك الاجماع على أن الولد من ملك اليمين تابع للاب ما عدا المدبر وهو من باب قياس موضع الخلاف على موضع الاجماع وعمدة الشافعية أن ولد المدبر مال من ماله ومال المدبر للسيد انتزاعه منه وليس يسلم له انه مال من ماله ويتبعه فى الحرية ماله عند مالك

(الجنس الرابع)

وأما النظر فى تبعيض التدبير فقد قلنا فيمن دبر حظاله فى عبده دون أن يدبر شريكه ونقله الى هذا الموضع أولى فلينقل اليه وأما من دبر جزأ من عبده وله كله فانه يقضى عليه بتدبير الكل قياسا على من بعض العتق عند مالك

(وأما الجنس الخامس وهو مبطلات التدبير)

فمن هذا الباب اختلافهم فى ابطال الدين للتدبير فقال مالك والشافعى الدين يبطله وقال أبو حنيفة ليس يبطله ويسعى فى الدين وسواء كان الدين مستغرقا للقيمة أو لبعضها ومن هذا الباب اختلافهم فى النصرانى يدبر عبدا له نصرانيا فيسلم العبد قبل موت سيده فقال الشافعى يباع عليه ساعة يسلم ويبطل تدبيره وقال مالك يحال بينه وبين سيده ويخارج على سيده النصرانى ولا يباع عليه حتى يبين أمر سيده فان مات عتق المدبر مالم يكن عليه دين يحيط بماله وقال الكوفيون اذا أسلم مدبر النصرانى قوم وسعى العبد فى قيمته ومدبر الصحة يقدم عند مالك على مدبر المرض اذا ضاق الثلث عنهما

﴿بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما﴾

(كتاب أمهات الاولاد)

وأصول هذا الباب النظر فى هل تباع أم الولد أم لا وان كانت لا تباع فمتى تكون أم ولد وبماذا تكون أم ولد وما يبقى فيها للسيد هامن أحكام العبودية ومتى تكون حرة ﴿أما المسئلة الأولى﴾ فان العلماء اختلفوا فيها سلفهم وخلفهم فالثابت عن عمر رضى الله عنه أنه قضى بأنها لا تباع وانها حرة من رأس مال سيدها اذا مات وروى مثل ذلك عن عثمان وهو قول أكثر التابعين وجمهور فقهاء الأمصار وكان أبو بكر الصديق وعلى رضوان الله عليهما وابن عباس وابن الزبير وجابر بن عبد الله وأبو سعيد الخدرى يجيزون بيع أم الولد وبه قالت الظاهرية من فقهاء الأمصار وقال جابر وأبو سعيد كنا نبيع أمهات الأولاد والنبى عليه الصلاة والسلام فينا لا يرى بذلك بأسا واحتجوا بما روى عن جابر أنه قال كنا نبيع أمهات الأولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وصدر من خلافة عمر ثم نهانا عمر عن بيعهنّ ومما اعتمد عليه أهل الظاهر

في هذه المسألة النوع من الاستدلال الذي يعرف باستصحاب حال الاجماع وذلك انهم قالوا لما انعقد الاجماع على أنها مملوكة قبل الولادة وجب أن تكون كذلك بعد الولادة الى أن يدل الدليل على غير ذلك وقد تبين في كتب الأصول قوة هذا الاستدلال وأنه لا يصح عند من يقول بالقياس وانما يكون ذلك دليلا بحسب رأى من ينكر القياس وربما احتج الجمهور عليهم بمثل احتجاجهم وهو الذي يعرفونه بمقابلة الدعوى بالدعوى وذلك انهم يقولون أليس تعرفون أن الاجماع قد انعقد على منع بيعها في حال حملها فاذا كان ذلك وجب أن يستصحب حال هذا الاجماع بعد وضع الحمل الا أن المتأخرين من أهل الظاهر أحدثوا في هذا الأصل نقضا وذلك انهم لا يسلمون منع بيعها حاملا وبما اعتمده الجمهور في هذا الباب من الأثر ماروى عليه الصلاة والسلام أنه قال في مارية سريته لما ولدت ابراهيم أعتقها ولدها ومن ذلك حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أيما امرأة ولدت من سيدها فانها حرة اذا مات وكلا الحديثين لا يثبت عند أهل الحديث حكى ذلك أبو عمر ابن البر رحمه الله وهو من أهل هذا الشأن وربما قالوا أيضا من طريق المعنى انها قد وجبت لها حرمة وهو اتصال الولد بها وكونه بعضا منها وحكوا هذا التعليل عن عمر رضي الله عنه حين رأى أن لا يبعن فقال خالطت لحومنا لحومهن ودماؤنا دماءهن * وأما متى تكون أم ولد فانهم اتفقوا على أنها تكون أم ولد اذا ملكها قبل حملها منه واختلفوا اذا ملكها وهي حامل منه أو بعد ان ولدت منه فقال مالك لا تكون أم ولد اذا ولدت منه قبل أن يملكها ثم ملكها وولدها وقال أبو حنيفة تكون أم ولد واختلف قول مالك اذا ملكها وهي حامل والقياس أن تكون أم ولد في جميع الاحوال اذ كان ليس من مكارم الأخلاق أن يبيع المرء أم ولده وقد قال عليه الصلاة والسلام بعثت لأتمم مكارم الأخلاق وأما بماذا تكون أم ولد فان مالكا قال كل ماوضعت مما يعلم أنه ولد كانت مضغة أو علقة وقال الشافعي لا بد أن يؤثر في ذلك شيء مثل الخلقة والتخطيط واختلافهم راجع الى ما ينطلق عليه اسم الولادة أو ما يتحقق أنه مولود وأما ما يبقى فيها من أحكام العبودية فانهم اتفقوا على أنها في شهادتها وحدودها وديتها وأرش جراحها كالأمة وجمهور من منع بيعها ليس يرون ههنا سببا طارئا عليها يوجب

بيعها الا ماروى عن عمر بن الخطاب انها اذا زنت رقت واختلف قول مالك والشافعي هل لسيدها استخدامها طول حياته واغتلاله اياها فقال مالك ليس له ذلك وانما له فيها الوطء فقط وقال الشافعي له ذلك وعمدة مالك انه لما لم يملك رقبتها بالبيع لم يملك اجارتها الا أنه يرى ان اجارة بنيها من غيره جائزة لأن حرمتهم عنده أضعف وعمدة الشافعي انعقاد الاجماع على أنه يجوز له وطؤها فسبب الخلاف تردد اجارتها بين أصلين أحدهما وطؤها والثاني بيعها فيجب أن يرجح أقوى الأصلين شبها وأما متى تكون حرة فانه لا خلاف بينهم ان آن ذلك الوقت هو اذا مات السيد ولا أعلم الآن أحدا قال تعتق من الثلث وقياسها على المدبر ضعيف على قول من يقول ان المدبر يعتق من الثلث

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

(كتاب الجنايات)

والجنايات التي لها حدود مشروعة أربع جنايات على الأبدان والنفوس والأعضاء وهو المسمى قتلا وجرحا وجنايات على الفروج وهو المسمى زنا وسفاحا وجنايات على الأموال وهذه ما كان منها مأخوذا بحرب سمي حرابة اذا كان بغير تأويل وان كان بتأويل سمي بغيا مأخوذا على وجه المغافصة من حرز يسمى سرقة وما كان منها بعلو مرتبة وقوة سلطان سمي غصبا وجنايات على الأعراض وهو المسمى قذفا وجنايات بالتعدي على استباحة ما حرمه الشرع من المأكول والمشروب وهذه انما يوجد فيها حد في هذه الشريعة في الخمر فقط وهو حد متفق عليه بعد صاحب الشرع صلوات الله عليه فلنبتدئ منها بالحدود التي في الدماء فنقول ان الواجب في اتلاف النفوس والجوارح هو اما قصاص واما مال وهو الذي يسمى الدية فاذا النظر أولا في هذا الكتاب ينقسم الى قسمين النظر في القصاص والنظر في الدية والنظر في القصاص ينقسم الى القصاص في النفوس والى القصاص في الجوارح والنظر أيضا في الديات ينقسم الى النظر في ديات النفوس والى النظر في ديات قطع الجوارح والجراح فينقسم أولا هذا الكتاب الى كتابين أولهما يرسم عليه كتاب القصاص والثاني يرسم عليه كتاب الديات

(كتاب القصاص)

وهذا الكتاب ينقسم الى قسمين الأول النظر فى القصاص فى النفوس والثانى النظر فى القصاص فى الجوارح فلنبدأ من القصاص فى النفوس

(كتاب القصاص فى النفوس)

والنظر أولا فى هذا الكتاب ينقسم الى قسمين الى النظر فى الموجب أعنى الموجب للقصاص والى النظر فى الواجب أعنى القصاص وفى ابداله ان كان له بدل فلنبدأ أولا بالنظر فى الموجب والنظر فى الموجب يرجع الى النظر فى صفة القتل والقاتل التى يجب بمجموعها والمقتول القصاص فانه ليس أى قاتل اتفق يقتص منه ولا بأى قتل اتفق ولا من أى مقتول اتفق بل من قاتل محدود و بقتل محدود ومقتول محدود اذ كان المطلوب فى هذا الباب انما هو العدل فلنبدأ من النظر فى القاتل ثم فى القتل ثم فى المقتول

﴿ القول فى شروط القاتل ﴾ فنقول انهم اتفقوا على أن القاتل الذى يقاد منه يشترط فيه باتفاق أن يكون عاقلا بالغا مختارا للقتل مباشرا غير مشارك له فيه غيره واختلفوا فى المكره والمكره و بالجملة الآمر والمباشر فقال مالك والشافعى والثورى وأحمد وأبو ثور وجماعة القتل على المباشر دون الآمر و يعاقب الآمر وقالت طائفة يقتلان جميعا وهذا اذا لم يكن هنالك اكراه ولا سلطان للآمر على المأمور وأما اذا كان للآمر سلطان على المأمور أعنى المباشر فانهم اختلفوا فى ذلك على ثلاثة أقوال فقال قوم يقتل الآمر دون المأمور و يعاقب المأمور و به قال داود وأبو حنيفة وهو أحد قولى الشافعى وقال قوم يقتل المأمور دون الآمر وهو أحد قولى الشافعى وقال قوم يقتلان جميعا و به قال مالك فمن لم يوجب حدا على المأمور اعتبر تأثير الاكراه فى اسقاط كثير من الواجبات فى الشرع لكون المكره يشبه من لا اختيار له ومن رأى عليه القتل غلب عليه حكم الاختيار وذلك ان المكره يشبه من جهة المختار و يشبه من جهة المضطر المغلوب مثل الذى يسقط من علو والذى تحمله الريح من موضع الى موضع ومن رأى قتلهم جميعا لم يعذر المأمور بالاكراه ولا الآمر

بعدم المباشرة ومن رأى قتل الآمر فقط شبه المأمور بالآلة التى لا تنطق ومن رأى الحد على غير المباشر اعتمد أنه ليس ينطلق عليه اسم قاتل الا بالاستعارة وقد اعتمدت المالكية فى قتل المكره على القتل بالقتل باجماعهم على انه لو أشرف على الهلاك من مخمصة لم يكن له أن يقتل انسانا فيأكله وأما المشارك للقاتل عمدا فى القتل فقد يكون القتل عمدا وخطأ وقد يكون القاتل مكلفا وغير مكلف وسنذكر العمد عند قتل الجماعة بالواحد وأما اذا اشترك فى القتل عامد ومخطئ أو مكلف وغير مكلف مثل عامد وصبى أو مجنون أو حر وعبد فى قتل عبد عند من لا يقيد من الحر بالعبد فان العلماء اختلفوا فى ذلك فقال مالك والشافعى على العامد القصاص وعلى المخطئ والصبى نصف الدية الا أن مالكا يجعله على العاقلة والشافعى فى ماله على ما يأتى وكذلك قالا فى الحر والعبد يقتلان العبد عمدا ان العبد يقتل وعلى الحر نصف القيمة وكذلك الحال فى المسلم والذمى يقتلان جميعا وقال أبو حنيفة اذا اشترك من يجب عليه القصاص مع من لا يجب عليه القصاص فلا قصاص على واحد منهما وعليهما الدية وعمدة الحنفية ان هذه شبهة فان القتل لا يتبعض ويمكن ان تكون افاتة نفسه من فعل الذى لا قصاص عليه كامكان ذلك ممن عليه القصاص وقد قال عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات واذا لم يكن الدم وجب بدله وهو الدية وعمدة الفريق الثانى النظر الى المصلحة التى تقتضى التغليظ لحوطة الدماء فكأن كل واحد منهما انفرد بالقتل فله حكم نفسه وفيه ضعف فى القياس * وأما صفة الذى يجب به القصاص فاتفقوا على أنه العمد وذلك انهم أجمعوا على أن القتل صنفان عمد وخطأ واختلفوا فى هل بينهما وسط أم لا وهو الذى يسمونه شبه العمد فقال به جمهور فقهاء الأمصار والمشهور عن مالك نفيه الا فى الابن مع أبيه وقد قيل انه يتخرج عنه فى ذلك رواية أخرى وباثباته قال عمر بن الخطاب وعلى وعثمان وزيد بن ثابت وأبو موسى الاشعرى والمغيرة ولا مخالف لهم من الصحابة والذين قالوا به فرقوا فيما هو شبه العمد مما ليس بعمد وذلك راجع فى الاغلب الى الآلات التى بها يقع القتل والى الاحوال التى كان من أجلها الضرب فقال أبو حنيفة كل ما عدا الحديد من القضب أو النار وما يشبه ذلك فهو شبه العمد وقال أبو يوسف ومحمد شبه العمد ما لا يقتل مثله وقال الشافعى شبه العمد

ما كان عمدا فى الضرب خطأ فى القتل أى ما كان ضربا لم يقصد به القتل فتولد عنه القتل والخطأ ما كان خطأ فيهما جميعا والعمد ما كان عمدا فيهما جميعا وهو حسن فعمدة من نفى شبه العمد انه لا واسطة بين الخطأ والعمد أعنى بين أن يقصد القتل أولا يقصده وعمدة من أثبت الوسط ان النيات لا يطلع عليها الا الله تبارك وتعالى وانما الحكم بما ظهر فمن قصد ضرب آخر بآلة تقتل غالبا كان حكمه كحكم الغالب أعنى حكم من قصد القتل فقتل بلا خلاف ومن قصد ضرب رجل بعينه بآلة لا تقتل غالبا كان حكمه مترددا بين العمد والخطأ هذا فى حقنا الا فى حق الآمر فى نفسه عند الله تعالى أما شبهه للعمد فمن جهة ما قصد ضربه وأما شبهه للخطأ فمن جهة أنه ضرب بما لا يقصد به القتل وقد روى حديث مرفوع الى النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال ألا ان قتل الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا والحجر ديته مغلظة مائة من الابل منها أربعون فى بطونها أولادها الا أنه حديث مضطرب عند أهل الحديث لا يثبت من جهة الاسناد فيما ذكره أبو عمر بن عبد البر وان كان أبو داود وغيره قد خرجه فهذا النحو من القتل عند من لا يثبته يجب به القصاص وعند من أثبته تجب به الدية ولا خلاف فى مذهب مالك ان الضرب يكون على وجه الغضب والنائرة يجب به القصاص واختلف فى الذى يكون عمدا على جهة اللعب أو على جهة الأدب لمن أبيح له الأدب وأما الشرط الذى يجب به القصاص فى المقتول فهو أن يكون مكافئا لدم القاتل والذى به تختلف النفوس هو الاسلام والكفر والحرية والعبودية والذكورية والأنوثية والواحد والكثير واتفقوا على أن المقتول اذا كان مكافئا للقاتل فى هذه الأربعة أنه يجب القصاص واختلفوا فى هذه الاربعة اذا لم تجتمع أما الحر اذا قتل العبد عمدا فان العلماء اختلفوا فيه فقال مالك والشافعى والليث وأحمد وأبو ثور لا يقتل الحر بالعبد وقال أبو حنيفة وأصحابه يقتل الحر بالعبد الا عبد نفسه وقال قوم يقتل الحر بالعبد سواء كان عبد القاتل أو عبد غير القاتل وبه قال النخعى فمن قال لا يقتل الحر بالعبد احتج بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى ﴿ كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد ﴾ ومن قال يقتل الحر بالعبد احتج بقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم

فسبب الخلاف معارضة العموم لدليل الخطاب ومن فرق فضعيف ولا خلاف بينهم ان العبد يقتل بالحر وكذلك الانقص بالاعلى ومن الحجة أيضا لمن قال يقتل الحر بالعبد ماروواه الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من قتل عبده قتلناه به ومن طريق المعنى قالوا ولما كان قتله محرما كقتل الحر وجب أن يكون القصاص فيه كالقصاص فى الحر وأما قتل المؤمن بالكافر الذمى فاختلف العلماء فى ذلك على ثلاثة أقوال فقال قوم لا يقتل مؤمن بكافر وممن قال به الشافعى والثورى وأحمد وداود وجماعة وقال قوم يقتل به وممن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه وابن أبى ليلى وقال مالك والليث لا يقتل به الا أن يقتله غيلة وقتل الغيلة أن يضجعه فيذبحه وبخاصة على ماله فعمدة الفريق الأول ماروى من حديث على انه سأله قيس بن عبادة والأشتر هل عهد اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم عهدا لم يعهده الى الناس قال لا الا مافى كتابى هذا وأخرج كتابا من قراب سيفه فاذا فيه المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم ألا لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد فى عهده من أحدث حدثا أو آوى محدثا فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين خرجه أبو داود وروى أيضا عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا يقتل مؤمن بكافر واحتجوا فى ذلك باجماعهم على أنه لا يقتل مسلم بالحربى الذى أمن وأما أصحاب أبى حنيفة فاعتمدوا فى ذلك آثارا منها حديث يرويه ربيعة ابن أبى عبد الرحمن عن عبد الرحمن السلمانى قال قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من أهل القبلة برجل من أهل الذمة وقال أنا أحق من وفى بعهده ورووا ذلك عن عمر قالوا وهذا مخصص لعموم قوله عليه الصلاة والسلام لا يقتل مؤمن بكافر أى انه أريد به الكافر الحربى دون الكافر المعاهد وضعف أهل الحديث حديث عبد الرحمن السلمانى ومارووا من ذلك عن عمر واما من طريق القياس فانهم اعتمدوا على اجماع المسلمين فى أن يد المسلم تقطع اذا سرق من مال الذمى قالوا فاذا كانت حرمة ماله كحرمة مال المسلم فحرمة دمه كحرمة دمه فسبب الخلاف تعارض الآثار والقياس واما قتل الجماعة بالواحد فان جمهور فقهاء الأمصار قالوا تقتل الجماعة بالواحد منهم مالك وأبو حنيفة والشافعى والثورى وأحمد وأبو ثور وغيرهم سواء كثرت الجماعة

أوقلت وبه قال عمر حتى روى أنه قال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعا وقال داود وأهل الظاهر لا تقتل الجماعة بالواحد وهو قول ابن الزبير وبه قال الزهرى وروى عن جابر وكذلك عند هذه الطائفة لا تقطع أيد بيد أعنى اذا اشترك اثنان فما فوق ذلك فى قطع يد وقال مالك والشافعى تقطع الأيدى باليد وفرقت الحنفية بين النفس والاطراف فقالوا تقتل الأنفس بالنفس ولا يقطع بالطرف الاطرف واحد وسيأتى هذا فى باب القصاص من الأعضاء فعمدة من قتل بالواحد الجماعة النظر الى المصلحة فانه مفهوم ان القتل انما شرع لنفى القتل كما نبه عليه الكتاب فى قوله تعالى (ولكم فى القصاص حياة ياأولى الألباب) واذا كان ذلك كذلك فلو لم تقتل الجماعة بالواحد لتذرع الناس الى القتل بأن يتعمدوا قتل الواحد بالجماعة لكن للمعترض أن يقول ان هذا انما كان يلزم لو لم يقتل من الجماعة أحد فأما ان قتل منهم واحد وهو الذى من قتله يظن اتلاف النفس غالبا على الظن فليس يلزم أن يبطل الحد حتى يكون سببا للتسليط على اذهاب النفوس وعمدة من قتل الواحد بالواحد قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين) وأما قتل الذكر بالانثى فان ابن المنذر وغيره ممن ذكر الخلاف حكى انه اجماع الا ما حكى عن على من الصحابة وعن عثمان البتى أنه اذا قتل الرجل بالمرأة كان على أولياء المرأة نصف الدية وحكى القاضى أبو الوليد الباجى فى المنتقى عن الحسن البصرى أنه لا يقتل الذكر بالانثى وحكاه الخطابى فى معالم السنن وهو شاذ ولكن دليله قوى لقوله تعالى (والأنثى بالأنثى) وان كان يعارض دليل الخطاب ههنا لعموم الذى فى قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) لكن يدخله ان هذا الخطاب وارد فى غير شريعتنا وهى مسئلة مختلف فيها أعنى هل شرع من قبلنا شرع لنا أم لا والاعتماد فى قتل الرجل بالمرأة هو النظر الى المصلحة العامة واختلفوا من هذا الباب فى الأب والابن فقال مالك لا يقاد الأب بالابن الا أن يضجعه فيذبحه فأما ان حذفه بسيف أو عصا فقتله لم يقتل وكذلك الجد عنده مع حفيده وقال أبو حنيفة والشافعى والثورى لا يقاد الوالد بولده ولا الجد بحفيده اذا قتله بأى وجه كان من أوجه العمد وبه قال جمهور العلماء وعمدتهم حديث ابن عباس أن النبى عليه الصلاة والسلام قال

لا تقام الحدود فى المساجد ولا يقاد بالولد الوالد وعمدة مالك عموم القصاص بين المسلمين وسبب اختلافهم مارواه عن يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب أن رجلا من بنى مدلج يقال له قتادة حذف ابناله بالسيف فاصاب ساقه فنزى جرحه فمات فقدم سراقة بن جعشم على عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فقال له عمر اعدد على ماء قديد عشرين ومائة بعير حتى أقدم عليك فلما قدم عليه عمر أخذ من تلك الابل ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة ثم قال أين أخو المقتول فقال ها أناذا قال خذها فان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليس لقاتل شئ فان مالكا حمل هذا الحديث على أنه لم يكن عمدا محضا وأثبت منه شبه العمد فيما بين الابن والاب وأما الجمهور فحملوه على ظاهره من أنه عمد لاجماعهم ان من حذف آخر بسيف فقتله فهو عمد وأما مالك فرأى لما للاب من التسلط على تأديب ابنه ومن المحبة له ان حمل القتل الذى يكون فى أمثال هذه الاحوال على أنه ليس بعمد ولم يتهمه اذ كان ليس بقتل غيلة فانما يحمل فاعله على انه قصد القتل من جهة غلبة الظن وقوة التهمة اذ كانت النيات لا يطلع عليها الا الله تعالى فمالك لم يتهم الاب حيث اتهم الاجنبى لقوة المحبة التى بين الاب والابن والجمهور انما اعتمدوا ظاهر الحديث وعموم الآية الا ما خص بالحديث الأ لما كان حقه على الابن والذى يجئ على أصول أهل الظاهر أن يقاد فهذا هو القول فى الموجب

﴿ وأما القول فى الموجب ﴾ فاتفقوا على أن لولى الدم أحد شيئين القصاص أو العفو اما على الدية واما على غير الدية واختلفوا هل الانتقال من القصاص الى العفو على أخذ الدية هو حق واجب لولى الدم دون أن يكون فى ذلك خيار للمقتص منه أم لا تثبت الدية الا بتراضى الفريقين أعنى الولى والقاتل وانه اذا لم يرد المقتص منه أن يؤدى الدية لم يكن لولى الدم الا القصاص مطلقا أو العفو فقال مالك لا يجب للولى الا أن يقتص أو يعفو عن غير دية الا أن يرضى باعطاء الدية القاتل وهى رواية ابن القاسم عنه وبه قال أبو حنيفة والثورى والأوزاعى وجماعة وقال الشافعى وأحمد وأبو ثور وداود وأكثر فقهاء المدينة من أصحاب مالك وغيره ولى الدم بالخيار ان شاء اقتص وان شاء أخذ الدية رضى القاتل أو لم يرض وروى ذلك أشهب عن مالك الا أن المشهور عنه هى الرواية الاولى فعمدة مالك فى الرواية المشهورة حديث أنس بن مالك فى قصة

سن الربيع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كتاب الله القصاص فعلم بدليل الخطاب أنه ليس له الا القصاص وعمدة الفريق الثانى حديث أبى هريرة الثابت من قتل له قتيل فهو بخير النظرين بين أن يأخذ الدية و بين أن يعفو هما حديثان متفق على صحتهما لكن الاول ضعيف الدلالة فى أنه ليس له الا القصاص والثانى نص فى أن له الخيار والجمع بينهما يمكن اذا رفع دليل الخطاب من ذلك فان كان الجمع واجبا وممكنا فالمصير الى الحديث الثانى واجب والجمهور على أن الجمع واجب اذا أمكن وانه أولى من الترجيح وأيضا فان الله عز وجل يقول (ولا تقتلوا أنفسكم) واذا عرض على المكلف فداء نفسه بمال فواجب عليه أن يفديها أصله اذا وجد الطعام فى مخمصة بقيمة مثله وعنده ما يشتريه أعنى أنه يقضى عليه بشرائه فكيف بشراء نفسه ويلزم على هذه الرواية اذا كان للمقتول أولياء صغار وكبار أن يؤخر القتل الى أن يكبر الصغار فيكون لهم الخيار ولا سيما اذا كان الصغار يحجبون الكبار مثل البنين مع الاخوة قال القاضى وقد كانت وقعت هذه المسئلة بقرطبة حياة جدى رحمه الله فأفتى أهل زمانه بالرواية المشهورة وهو أن لا ينتظر الصغير فأفتى هو رحمه الله بانتظاره على القياس فشنع أهل زمانه ذلك عليه لما كانوا عليه من شدة التقليد حتى اضطر ان يضع فى ذلك قولا ينتصر فيه لهذا المذهب وهو موجود بأيدى الناس والنظر فى هذا الباب هو فى قسمين فى العفو والقصاص والنظر فى العفو فى شيئين أحدهما فيمن له العفو ممن ليس له وترتيب أهل الدم فى ذلك وهل يكون له العفو على الدية أم لا وقد تكلمنا فى هل له العفو على الدية وأما من لهم العفو بالجملة فهم الذين لهم القيام بالدم والذين لهم القيام بالدم هم العصبة عند مالك وعند غيره كل من يرث وذلك انهم أجمعوا على أن المقتول عمدا اذا كان له بنون بالغون فعفا أحدهم ان القصاص قد بطل ووجبت الدية واختلفوا فى اختلاف البنات مع البنين فى العفو أو فى القصاص وكذلك الزوجة أو الزوج والاخوات فقال مالك ليس للبنات ولا الاخوات قول مع البنين والاخوة فى القصاص أو ضده ولا يعتبر قولهن مع الرجال وكذلك الامر فى الزوجة والزوج وقال أبو حنيفة والثورى وأحمد والشافعى كل وارث يعتبر قوله فى اسقاط القصاص

وفى اسقاط حظه من الدية وفى الأخذ به قال الشافعى الغائب منهم والحاضر والصغير والكبير سواء وعمدة هؤلاء اعتبارهم الدم بالدية وعمدة الفريق الأول ان الولاية انما هى للذكران دون الاناث واختلف العلماء فى المقتول عمدا اذا عفا عن دمه قبل أن يموت هل ذلك جائز على الاولياء وكذلك فى المقتول خطأ اذا عفا عن الدية فقال قوم اذا عفا المقتول عن دمه فى العمد مضى ذلك وممن قال بذلك مالك وأبو حنيفة والاوزاعى وهذا أحد قولى الشافعى وقالت طائفة أخرى لا يلزم عفوه وللاولياء القصاص أو العفو وممن قال به أبو ثور وداود وهو قول الشافعى بالعراق وعمدة هذه الطائفة ان الله خير الولى فى ثلاث اما العفو واما القصاص واما الدية وذلك عام فى كل مقتول سواء عفا عن دمه قبل الموت أو لم يعف وعمدة الجمهور أن الشئ الذى جعل للولى انما هو حق المقتول فناب فيه منابه وأقيم مقامه فكان المقتول أحق بالخيار من الذى أقيم مقامه بعد موته وقد أجمع العلماء على أن قوله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له أن المراد بالمتصدق ههنا هو المقتول يتصدق بدمه وانما اختلفوا على من يعود الضمير فى قوله فهو كفارة له فقيل على القاتل لمن رأى له توبة وقيل على المقتول من ذنوبه وخطاياه وأما اختلافهم فى عفو المقتول خطأ عن الدية فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة وجمهور فقهاء الامصار ان عفوه من ذلك فى ثلثه الا أن يجيزه الورثة وقال قوم يجوز فى جميع ماله وممن قال به طاوس والحسن وعمدة الجمهور انه واهب مالا له بعد موته فلم يجز الا فى الثلث أصله الوصية وعمدة الفرقة الثانية انه اذا كان له أن يعفو عن الدم فهو أحرى أن يعفو عن المال وهذه المسئلة هى أخص بكتاب الديات واختلف العلماء اذا عفا المجروح عن الجراحات فمات منها هل للأولياء أن يطالبوا بدمه أم لا فقال مالك لهم ذلك الا أن يقول عفوت عن الجراحات وعما تؤول اليه وقال أبو يوسف ومحمد اذا عفا عن الجراحة ومات فلا حق لهم والعفو عن الجراحات عفو عن الدم وقال قوم بل تلزمهم الدية اذا عفا عن الجراحات مطلقا وهؤلاء اختلفوا فمنهم من قال تلزم الجارح الدية كلها واختاره المزنى من أقوال الشافعى ومنهم من قال يلزم من الدية ما بقى منها بعد اسقاط دية الجرح الذى عفا عنه وهو قول الثورى وأما من يرى أنه لا يعفو عن الدم فليس يتصور معه خلاف فى أنه لا يسقط ذلك طلب

الولى الدية لانه اذا كان عفوه عن الدم لا يسقط حق الولى فأحرى أن لا يسقط عفوه عن الجرح واختلفوا فى القاتل عمدا يعفى عنه هل يبقى للسلطان فيه حق أم لا فقال مالك والليث انه يجلد مائة ويسجن سنة وبه قال أهل المدينة وروى ذلك عن عمر وقالت طائفة الشافعى وأحمد واسحق وأبو ثور لا يجب عليه ذلك وقال أبو ثور الا أن يكون يعرف بالشر فيؤدبه الامام على قدر ما يرى ولا عمدة للطائفة الأولى الا أثر ضعيف وعمدة الطائفة الثانية ظاهر الشرع وأن التحديد فى ذلك لا يكون الا بتوقيف ولا توقيف ثابت فى ذلك

(القول فى القصاص)

والنظر فى القصاص هو فى صفة القصاص وممن يكون ومتى يكون فاما صفة القصاص فى النفس فان العلماء اختلفوا فى ذلك فمنهم من قال يقتص من القاتل على الصفة التى قتل فمن قتل تغريقا قتل تغريقا ومن قتل بضرب بحجر قتل بمثل ذلك وبه قال مالك والشافعى قالوا الا أن يطول تعذيبه بذلك فيكون السيف له أروح واختلف أصحاب مالك فيمن حرق آخر هل يحرق مع موافقتهم لمالك فى احتذاء صورة القتل وكذلك فيمن قتل بالسهم وقال أبو حنيفة وأصحابه بأى وجه قتله لم يقتل الا بالسيف وعمدتهم ماروى الحسن عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا قود الا بحديدة وعمدة الفريق الأول حديث أنس أن يهوديا رضخ رأس امرأة بحجر فرضخ النبى صلى الله عليه وسلم رأسه بحجر أو قال بين حجرين وقوله (كتب عليكم القصاص فى القتلى) والقصاص يقتضى المماثلة وأما ممن يكون القصاص فالظاهر انه يكون من ولى الدم وقد قيل انه لا يمكن منه لمكان العداوة مخافة أن يجور فيه وأما متى يكون القصاص فبعد ثبوت موجباته والاعذار الى القاتل فى ذلك ان لم يكن مقرا واختلفوا هل من شرط القصاص أن لا يكون الموضع الحرم وأجمعوا على أن الحامل اذا قتلت عمدا انه لا يقاد منها حتى تضع حملها واختلفوا فى القاتل بالسم والجمهور على وجوب القصاص وقال بعض أهل الظاهر لا يقتص منه من أجل انه عليه السلام سم هو وأصحابه فلم يتعرض لمن سمه كمل كتاب القصاص فى النفس

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الجراح ﴾

والجراح صنفان منها ما فيه القصاص أو الدية أو العفو ومنها ما فيه الدية أو العفو ولنبدأ بما فيه القصاص والنظر أيضا ههنا فى شروط الجارح والجرح الذى به يحق القصاص والمجروح فى الحكم الواجب الذى هو القصاص وفى بدله ان كان له بدل

(القول فى الجارح)

ويشترط فى الجارح أن يكون مكلفا كما يشترط ذلك فى القاتل وهو أن يكون بالغا عاقلا والبلوغ يكون بالاحتلام والسن بلا خلاف وان كان فى مقداره فأقصاه ثمانية عشر سنة وأقله خمسة عشر سنة وبه قال الشافعى ولا خلاف أن الواحد اذا قطع عضو انسان واحد اقتص منه اذا كان مما فيه القصاص واختلفوا اذا قطعت جماعة عضوا واحدا فقال أهل الظاهر لا تقطع يدان فى يد وقال مالك والشافعى تقطع الايدى باليد الواحدة كما تقتل عندهم الأنفس بالنفس الواحدة وفرقت الحنفية بين النفس والاطراف فقالوا لا تقطع أعضاء بعضو وتقتل أنفس بنفس وعندهم ان الاطراف تتبعض وازهاق النفس لا يتبعض واختلف فى الانبات فقال الشافعى هو بلوغ باطلاق واختلف المذهب فيه فى الحدود هل هو بلوغ فيها أم لا والاصل فى هذا كله حديث بنى قريظة أنه صلى الله عليه وسلم قتل منهم من أنبت وجرت عليه المواسى كما ان الاصل فى السن حديث ابن عمر انه عرضه يوم الخندق وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يقبله وقبله يوم أحد وهو ابن خمس عشرة سنة

(القول فى المجروح)

وأما المجروح فانه يشترط فيه أن يكون دمه مكافئا لدم الجارح والذى يؤثر فى التكافؤ العبودية والكفر أما العبد والحر فانهم اختلفوا فى وقوع القصاص بينهما فى الجرح كاختلافهم فى النفس فمنهم من رأى أنه لا يقتص من الحر للعبد ويقتص للحر من العبد كالحال فى النفس ومنهم من رأى أنه يقتص لكل واحد منهما من كل واحد ولم يفرق بين الجرح والنفس ومنهم من فرق فقال يقتص من الأعلى للأدنى فى النفس والجرح ومنهم من قال يقتص من النفس دون الجرح وعن مالك الروايتان والصواب

كما يقتص من النفس أن يقتص من الجرح فهذه هي حال العبيد مع الأحرار أما حال العبيد بعضهم مع بعض فان للعلماء فيهم ثلاثة أقوال أحدها أن القصاص بينهم في النفس ومادونها وهو قول الشافعي وجماعة وهو مروي عن عمر بن الخطاب وهو قول مالك والقول الثاني انه لاقصاص بينهم لا في النفس ولا في الجرح وانهم كالبهائم وهو قول الحسن وابن شبرمة وجماعة والثالث أن القصاص بينهم في النفس دون مادونها وبه قال أبو حنيفة والثوري وروي ذلك عن ابن مسعود وعمدة الفريق الاول قوله تعالى (والعبد بالعبد) وعمدة الحنفية ماروي عن عمران بن الحصين أن عبد القوم فقراء قطع أذن عبد لقوم أغنياء فأتو رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقتص منه فهذا هو حكم النفس

(القول في الجرح)

وأما الجرح فانه يشترط فيه أن يكون على وجه العمد أعني الجرح الذي يجب فيه القصاص والجرح لايخلو أن يكون بتلف جارحة من جوارح المجروح أولا يتلف فان كان مما يتلف جارحة فالعمد فيه هو أن يقصد ضربه به على وجه الغضب بمايجرح غالبا وأما ان جرحه على وجه اللعب أو بمالايجرح به غالبا أو على وجه الأدب فيشبه أن يكون فيه الخلاف الذي يقع في القتل الذي يتولد عن الضرب في اللعب والأدب بمالايقتل غالبا فان أبا حنيفة يعتبر الآلة حتى يقول ان القاتل بالمثقل لا يقتل وهو شذوذ منه أعني بالخلاف هل فيه القصاص أو الدية ان كان الجرح مما فيه الدية وأما ان كان الجرح قد أتلف جارحة من جوارح المجروح فمن شرط القصاص فيه العمد أيضا بلاخلاف وفي تمييز العمد منه من غير العمد خلاف أما اذا ضربه على العضو نفسه فقطعه وضربه بآلة تقطع العضو غالبا أو ضربه على وجه النائرة فلاخلاف ان فيه القصاص واما ان ضربه بلطمة أو سوط أوما أشبه ذلك مما الظاهر منه انه لم يقصد اتلاف العضو مثل أن يلطمه فيفقأ عينه فالذي عليه الجمهور انه شبه العمد ولا قصاص فيه وفيه الدية مغلظة في ماله وهي رواية العراقيين عن مالك والمشهور في المذهب أن ذلك عمد وفيه القصاص الا في الأب مع ابنه وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد الى أن شبه العمد انماهو في النفس لا في الجرح وأما ان جرحه فأتلف عضوا على وجه اللعب ففيه

قولان أحدهما وجوب القصاص والثانى نفيه وما يجب على هذين القولين ففيه القولان قيل الدية مغلظة وقيل دية الخطأ أعنى فيما فيه دية وكذلك اذا كان على وجه الادب ففيه الخلاف وأما ما يجب فى جراح العمد اذا وقعت على الشروط التى ذكرنا فهو القصاص لقوله تعالى (والجروح قصاص) وذلك فيما أمكن القصاص فيه منها وفيما وجد منه محل القصاص ولم يخش منه تلف النفس وانما صاروا لهذا لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع القود فى المأمومة والمنقلة والجائفة فرأى مالك ومن قال بقوله ان هذا حكم ما كان فى معنى هذه من الجراح التى هى متالف مثل كسر عظم الرقبة والصلب والصدر والفخذ وما أشبه ذلك وقد اختلف قول مالك فى المنقلة فمرة قال بالقصاص ومرة قال بالدية وكذلك الامر عند مالك فيما لا يمكن فيه التساوى فى القصاص مثل الاقتصاص من ذهاب بعض النظر أو بعض السمع ويمنع القصاص أيضا عند مالك عدم المثل مثل ان يفقأ أعمى عين بصير واختلفوا من هذا فى الامور يفقأ عين الصحيح عمدا فقال الجمهور ان أحب الصحيح أن يستقيد منه فله القود واختلفوا اذا عفا عن القود فقال قوم ان أحب فله الدية كاملة ألف دينار وهو مذهب مالك وقيل ليس له الا نصف الدية وبه قال الشافعى وهو أيضا منقول عن مالك وبقول الشافعى قال ابن القاسم وبالقول الآخر قال المغيرة من أصحابه وابن دينار وقال الكوفيون ليس للصحيح الذى فقئت عينه الا القود أو ما اصطلحا عليه وقد قيل لا يستقيد من الاعور وعليه الدية كاملة روى هذا عن ابن المسيب وعن عثمان وعمدة صاحب هذا القول ان عين الأعور بمنزلة عينين فمن فقأها فى واحدة فكانه اقتص من اثنين فى واحدة والى نحو هذا ذهب من رأى أنه اذا ترك القود ان له دية كاملة ويلزم حامل هذا القول أن لا يستقيد ضرورة ومن قال بالقود وجعل الدية نصف الدية فهو أحرز لأصله فتامله فانه بين بنفسه والله أعلم وأما هل المجروح مخير بين القصاص وأخذ الدية أم لا ليس له الا القصاص فقط الا ان يصطلحا على أخذ الدية ففيه القولان عن مالك مثل القولين فى القتل وكذلك أحد قولى مالك فى الأعور يفقأ عين الصحيح أن الصحيح يخير بين أن يفقأ عين الأعور أو يأخذ الدية ألف دينار أو خمسمائة على الاختلاف فى ذلك (وأما متى يستقاد من الجرح) فعند مالك

انه لا يستقاد من جرح الا بعد اندماله وعند الشافعي على الفور فالشافعي تمسك بالظاهر ومالك رأى ان يعتبر ما يؤول اليه أمر الجرح مخافة ان يفضي الى اتلاف النفس واختلف العلماء في المقتص من الجرح يموت المقتص منه من ذلك الجرح فقال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد لا شئ على المقتص وروى عن علي وعمر مثل ذلك وبه قال أحمد وأبو ثور وداود وقال أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى وجماعة اذا مات وجب على عاقلة المقتص الدية وقال بعضهم هي في ماله وقال عثمان البتي يسقط عنه من الدية قدر الجراحة التي اقتص منها وهو قول ابن مسعود فعمدة الفريق الأول اجماعهم على أن السارق اذا مات من قطع يده انه لا شئ على الذي قطع يده وعمدة أبي حنيفة انه قتل خطأ فوجبت فيه الدية ولا يقاد عند مالك في الحر الشديد ولا البرد الشديد ويؤخر ذلك مخافة ان يموت المقاد منه وقد قيل ان المكان شرط في جواز القصاص وهو غير الحرم فهذا هو حكم العمد في الجنايات على النفس وفي الجنايات على أعضاء البدن وينبغي ان نصير الى حكم الخطأ في ذلك ونبتدئ بحكم الخطأ في النفس

(كتاب الديات في النفوس)

والأصل في هذا الباب قوله تعالى (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الا ان يصدقوا) والديات تختلف في الشريعة بحسب اختلاف الدماء وبحسب اختلاف الذين تلزمهم الدية وتختلف أيضا بحسب العمد اذا رضي بها اما الفريقان واما من له القود على ما تقدم من الاختلاف والنظر في الدية هو في موجبها أعني في أي قتل تجب ثم في نوعها وفي قدرها وفي الوقت الذي تجب فيه وعلى من تجب فاما في أي قتل تجب فانهم اتفقوا على انها تجب في قتل الخطأ وفي العمد الذي يكون من غير مكلف مثل المجنون والصبي وفي العمد الذي تكون حرمة المقتول فيه ناقصة عن حرمة القاتل مثل الحر والعبد ومن قتل الخطأ ما اتفقوا على انه خطأ ومنه ما اختلفوا فيه وقد تقدم صدر من ذلك وسيأتي بعد ذلك اختلافهم في تضمين الراكب والسائق والقائد وأما قدرها ونوعها فانهم اتفقوا على أن دية الحر المسلم على أهل الابل مائة من الابل وهي في مذهب مالك ثلاث ديات دية الخطأ ودية العمد اذا قبلت ودية شبه العمد وهي عند مالك في الاشهر عنه مثل فعل المدلجي بابنه وأما الشافعي

فالدية عنه اثنان فقط مخففة ومغلظة فالمخففة دية الخطأ والمغلظة دية العمد ودية شبه العمد وأما أبو حنيفة فالديات عنده اثنان أيضا دية الخطأ ودية شبه العمد وليس عنده دية فى العمد وانما الواجب عنده فى العمد ما اصطلحا عليه وهو حال عليه غير مؤجل وهو معنى قول مالك المشهور لانه اذا لم تلزمه الدية عنده الا باصطلاح فلا معنى لتسميتها دية الاما روى عنه انها تكون مؤجلة كدية الخطأ فهنا يخرج حكمها عن حكم المال المصطلح عليه ودية العمد عنده أرباع خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وهو قول ابن شهاب وربيعة والدية المغلظة عنده أثلاثا ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة وهى الحوامل ولا تكون المغلظة عنده فى المشهور الافى مثل فعل المدلجى بابنه وعند الشافعى انها تكون فى شبه العمد أثلاثا أيضا وروى ذلك أيضا عن عمر وزيد ابن ثابت وقال أبو ثور الدية فى العمد اذا عفا ولى الدم اخماسا كدية الخطأ واختلفوا فى اسنان الابل فى دية الخطأ فقال مالك والشافعى هى أخماس عشرون ابنة مخاض وعشرون ابنة لبون وعشرون ابن لبون ذكر وعشرون حقة وعشرون جذعة وهو مروى عن ابن شهاب وربيعة وبه قال أبو حنيفة وأصحابه أعنى التخميس الا انهم جعلوا مكان ابن لبون ذكر ابن مخاض ذكر وروى عن ابن مسعود الوجهان جميعا وروى عن سيدنا على انه جعلها أرباعا أسقط منها الخمس والعشرين بنى لبون واليه ذهب عمر بن عبد العزيز ولا حديث فى ذلك مسند فدل على الاباحة والله أعلم كما قال أبو عمر بن عبد البر وخرج البخارى والترمذى عن ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال فى دية الخطأ عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض ذكور وعشرون بنات لبون وعشرون جذعة وعشرون حقة واعتل لهذا الحديث أبو عمر بانه روى عن حنيف بن مالك عن ابن مسعود وهو مجهول قال وأحب الى فى ذلك الرواية عن على لانه لم يختلف فى ذلك عليه كما اختلف على ابن مسعود وخرج أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى ان من قتل خطأ فديته مائة من الابل ثلاثون بنت مخاض وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة وعشرة بنى لبون ذكر قال أبو سليمان

الخطابى هذا الحديث لا أعرف أحدا من الفقهاء المشهورين قال به وانما قال أكثر العلماء ان دية الخطأ أخماس وان كانوا اختلفوا فى الاصناف وقد روى ان دية الخطأ مربعة عن بعض العلماء وهم الشعبى والنخعى والحسن البصرى وهؤلاء جعلوها خمسا وعشرين جذعة وخمسا وعشرين حقة وخمسا وعشرين بنات لبون وخمسا وعشرين بنات مخاض كما روى عن على وخرجه أبو داود وانما صار الجمهور الى تخميس دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بنى مخاض ذكر وان كان لم يتفقوا على بنى المخاض لانها لم تذكر فى اسنان فيها وقياس من أخذ بحديث التخميس فى الخطأ وحديث التربيع فى شبه العمد ان ثبت هذا النوع الثالث ان يقول فى دية العمد بالتثليث كما قد روى ذلك عن الشافعى ومن لم يقل بالتثليث شبه العمد بما دونه فهذا هو مشهور أقاويلهم فى الدية التى تكون من الابل على أهل الابل وأما أهل الذهب والورق فانهم اختلفوا أيضا فيما يجب من ذلك عليهم فقال مالك على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثنا عشر ألف درهم وقال أهل العراق على أهل الورق عشرة آلاف درهم وقال الشافعى بمصر لا يؤخذ من أهل الذهب ولا من أهل الورق الا قيمة الابل بالغة ما بلغت وقوله بالعراق مثل قول مالك وعمدة مالك تقويم عمر ابن الخطاب المائة من الابل على أهل الذهب بألف دينار وعلى أهل الورق باثنى عشر ألف درهم وعمدة الحنفية ما رووا أيضا عن عمر انه قوم الدينار بعشرة دراهم واجماعهم على تقويم المثقال بها فى الزكاة وأما الشافعى فيقول ان الأصل فى الدية انما هو مائة بعير وعمر انما جعل فيها ألف دينار على اهل الذهب واثنى عشر ألف درهم على أهل الورق لان ذلك كان قيمة الابل من الذهب والورق فى زمانه والحجة له ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال كانت الديات على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ودية أهل الكتاب على النصف من دية المسلمين قال فكان ذلك حتى استخلف عمر فقام خطيبا فقال ان الابل قد غلت ففرضها عمر على أهل الورق اثنى عشر ألف درهم وعلى أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل البقر مائتى بقرة وعلى أهل الشاة ألفى شاة

وعلى أهل الحال مائتى حلة وترك دية أهل الذمة لم يرفع فيها شيأ واحتج بعض الناس لمالك لانه لو كان تقويم عمر بدلا لكان ذلك دينا بدين لاجماعهم أن الدية فى الخطأ مؤجلة لثلاث سنين ومالك وأبو حنيفة وجماعة متفقون على أن الدية لا تؤخذ الا من الابل أو الذهب أو الورق وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن والفقهاء السبعة المدنيون يوضع على أهل الشاة الفا شاة وعلى أهل البقر مائتا بقرة وعلى أهل البرود مائتا حلة وعمدتهم حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده المتقدم وما أسنده أبو بكر بن أبى شيبة عن عطاء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الدية على الناس فى أموالهم ما كانت على أهل الابل مائة بعير وعلى أهل الشاة ألفا شاة وعلى أهل البقر مائتا بقرة وعلى أهل البرود مائتا حلة وما روى عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب الى الأجناد أن الدية كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة بعير قال فان كان الذى أصابه من الاعراب فديته من الابل لا يكلف الاعرابى الذهب ولا الورق فان لم يجد الاعرابى مائة من الابل فعدلها من الشاة ألف شاة ولان أهل العراق أيضا رووا عن عمر مثل حديث عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده نصا وعمدة الفريق الأول أنه لو جاز أن تقوم بالشاة والبقر لجاز أن تقوم بالطعام على أهل الطعام و بالخيل على أهل الخيل وهذا لا يقول به أحد والنظر فى الدية كما قلت هو فى نوعها وفى مقدارها وعلى من تجب وفيما تجب ومتى تجب أما نوعها ومقدارها فقد تكلمنا فيه فى الذكور الاحرار المسلمين وأما على من تجب فلا خلاف بينهم أن دية الخطأ تجب على العاقلة وأنه حكم مخصوص من عموم قوله تعالى (ولا تزر وازرة وزر أخرى) ومن قوله عليه الصلاة والسلام لابى رمثة لولده لا يجنى عليك ولا تجنى عليه وأما دية العمد فجمهورهم على أنها ليست على العاقلة لما روى عن ابن عباس ولا مخالف له من الصحابة أنه قال لا تحمل العاقلة عمدا ولا اعترافا ولا صلحا فى عمد وجمهورهم على أنها لا تحمل من أصاب نفسه خطأ وشذ الاوزاعى فقال من ذهب يضرب العدو فقتل نفسه فعلى عاقلته الدية وكذلك عندهم فى قطع الأعضاء وروى عن عمر أن رجلا فقأ عين نفسه خطأ فقضى له عمر بديتها على عاقلته واختلفوا فى دية شبه العمد وفى الدية المغلظة على قولين واختلفوا فى دية ما جناه المجنون والصبى على من تجب

فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة انه كله يحمل على العاقلة وقال الشافعي عمد الصبي في ماله وسبب اختلافهم تردد فعل الصبي بين العامد والمخطئ فمن غلب عليه شبه العمد أوجب الدية في ماله ومن غلب عليه شبه الخطأ أوجبها على العاقلة وكذلك اختلفوا اذا اشترك في القتل عامد وصبي والذين أوجبوا على العامد القصاص وعلى الصبي الدية اختلفوا على من تكون فقال الشافعي على أصله في مال الصبي وقال مالك على العاقلة وأما أبو حنيفة فيرى أن لا قصاص بينهما * وأما متى تجب فانهم اتفقوا على أن دية الخطأ مؤجلة في ثلاث سنين وأما دية العمد فحالة الا أن يصطلحا على التأجيل * وأما من هم العاقلة فان جمهور العلماء من أهل الحجاز اتفقوا على أن العاقلة هي القرابة من قبل الأب وهم العصبة دون أهل الديوان وتحمل الموالي العقل عند جمهورهم اذا عجزت عنه العصبة الا داود فانه لم ير الموالي عصبة وليس فيما يجب على واحد واحد منهم حد عند مالك وقال الشافعي على الغني دينار وعلى الفقير نصف دينار وهي عند الشافعي مرتبة على القرابة بحسب قربهم فالاقرب من بني أبيه ثم من بني جده ثم من بني بني أبيه وقال أبو حنيفة وأصحابه العاقلة هم أهل ديوانه ان كان من أهل ديوان وعمدة أهل الحجاز انه تعاقل الناس في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي زمان أبي بكر ولم يكن هنالك ديوان وانما كان الديوان في زمن عمر بن الخطاب واعتمد الكوفيون حديث جبير بن مطعم عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا حلف في الاسلام وأيما حلف كان في الجاهلية فلا يزيده الاسلام الا قوة وبالجملة فتمسكوا في ذلك بنحو تمسكهم في وجوب الولاء للحلفاء واختلفوا في جناية من لا عصبة له ولا موالي وهم السائبة اذا جنوا خطأ هل يكون عليه عقل أم لا وان كان فعلى من يكون فقال من لم يجعل لهم موالي ليس على السائبة عقل وكذلك من لم يجعل العقل على الموالي وهو داود وأصحابه وقال من جعل ولاءه لمن أعتقه عليه عقله وقال من جعل ولاءه للمسلمين عقله في بيت المال ومن قال ان للسائبة أن يوالي من شاء جعل عقله لمن والاه وكل هذه الاقاويل قد حكيت عن السلف والديات تختلف بحسب اختلاف المودى فيه والمؤثر في نقصان الدية هي الانوثة والكفر والعبودية أما دية المرأة فانهم اتفقوا على أنها على النصف

من دية الرجل فى النفس فقط واختلفوا فيما دون النفس من الشجاج والأعضاء على ماسيأتى القول فيه فى ديات الجروح والأعضاء وأما دية أهل الذمة اذا قتلوا خطأ فان للعلماء فى ذلك ثلاثة أقوال أحدها أن ديتهم على النصف من دية المسلم ذكرانهم على النصف من ذكران المسلمين ونساؤهم على النصف من نسائهم وبه قال مالك وعمر بن عبد العزيز وعلى هذا تكون دية جراحهم على النصف من دية المسلمين والقول الثانى أن ديتهم ثلث دية المسلم وبه قال الشافعى وهو مروى عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وقال به جماعة من التابعين والقول الثالث أن ديتهم مثل دية المسلمين وبه قال أبو حنيفة والثورى وجماعة وهو مروى عن ابن مسعود وقد روى عن عمر وعثمان وقال به جماعة من التابعين فعمدة الفريق الأول ماروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال دية الكافر على النصف من دية المسلم وعمدة الحنفية عموم قوله تعالى (وان كان من قوم بينكم و بينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة) ومن السنة ما رواه معمر عن الزهرى قال دية اليهودى والنصرانى وكل ذمى مثل دية المسلم قال وكانت كذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان وعلى حتى كان معاوية فجعل فى بيت المال نصفها وأعطى أهل المقتول نصفها ثم قضى عمر ابن عبد العزيز بنصف الدية وألغى الذى جعله معاوية فى بيت المال قال الزهرى فلم يقض لى أن أذكر بذلك عمر بن عبد العزيز فاخبره أن الدية قد كانت تامة لاهل الذمة وأما اذا قتل العبد خطأ أو عمدا على من لا يرى القصاص فيه فقال قوم عليه قيمته بالغة ما بلغت وان زادت على دية الحر وبه قال مالك والشافعى وأبو يوسف وهو قول سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز وقال أبو حنيفة ومحمد لا يتجاوز بقيمة العبد الدية وقالت طائفة من فقهاء الكوفة فيه الدية ولكن لا يبلغ به دية الحر ينقص منها شيأ وعمدة الحنفية أن الرق حال نقص فوجب أن لا تزيد قيمته على دية الحر وعمدة من أوجب فيه الدية ولكن ناقصة عن دية الحر انه مكلف ناقص فوجب أن يكون الحكم ناقصا عن الحر لكن واحدا بالنوع أصله الحد فى الزنا والقذف والخمر والطلاق ولو قيل فيه انها تكون على النصف من دية الحر لكان قولا له وجه أعنى

فى دية الخطأ لكن لم يقل به أحد وعمدة مالك انه مال قد أتلف فوجب فيه القيمة أصله سائر الأموال واختلف فى الواجب فى العبد على من يجب فقال أبو حنيفة هو على عاقلة القاتل وهو الأشهر عن الشافعى وقال مالك هو على القاتل نفسه وعمدة مالك تشبيه العبد بالعروض وعمدة الشافعى قياسه على الحر (ومما يدخل فى هذا الباب) من أنواع الخطأ دية الجنين وذلك لان سقوط الجنين عن الضرب ليس هو عمدا محضا وانما هو عمد فى أمه خطأ فيه والنظر فى هذا الباب هو أيضا فى الواجب فى ضروب الأجنة وفى صفة الجنين الذى يجب فيه الواجب وعلى من تجب ولمن يجب وفى شروط الوجوب فأما الأجنة فانهم اتفقوا على أن الواجب فى جنين الحرة وجنين الامة من سيدها هو غرة لما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أبى هريرة وغيره ان امرأتين من هذيل رمت احداهما الاخرى فطرحت جنينها فقضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم بغرة عبد أو وليدة واتفقوا على أن قيمة الغرة الواجبة فى ذلك عند من رأى ان الغرة فى ذلك محدودة بالقيمة وهو مذهب الجمهور هى نصف عشر دية أمه الا أن من رأى ان الدية الكاملة على أهل الدراهم هى عشرة آلاف درهم قال دية الجنين خمسمائة درهم ومن رأى انها اثنا عشر ألف درهم قال ستمائة درهم والذين لم يحدوا فى ذلك حدا أو لم يحدوها من جهة القيمة وأجازوا اخراج قيمتها عنها قالوا الواجب فى ذلك قيمة الغرة بالغة ما بلغت وقال داود وأهل الظاهر كل ما وقع عليه اسم غرة أجزأ ولا يجزئ عنده القيمة فى ذلك فيما أحسب واختلفوا فى الواجب فى جنين الامة وفى جنين الكتابية فذهب مالك والشافعى الى أن فى جنين الامة عشر قيمة أمه ذكرا كان أو أنثى يوم يجنى عليه وفرق قوم بين الذكر والانثى فقال قوم ان كان انثى فيه عشر قيمة امه وان كان ذكرا فعشر قيمته لو كان حيا وبه قال ابو حنيفة ولا خلاف عندهم ان جنين الامة اذا سقط حيا ان فيه قيمته وقال ابو يوسف فى جنين الامة اذا سقط ميتا منها ما نقص من قيمة امه واما جنين الذمية فقال مالك والشافعى وابو حنيفة فيه عشر دية امه لكن ابو حنيفة على اصله فى ان دية الذمى دية المسلم والشافعى على أصله فى أن دية الذمى ثلث دية المسلم ومالك على أصله فى أن دية الذمى نصف دية المسلم * وأما صفة الجنين الذى تجب فيه فانهم اتفقوا على أن من شروطه أن يخرج الجنين

ميتا ولا تموت أمه من الضرب واختلفوا اذا ماتت أمه من الضرب ثم سقط الجنين ميتا فقال الشافعي ومالك لا شيء فيه وقال أشهب فيه الغرة وبه قال الليث وربيعة والزهري واختلفوا من هذا الباب في فروع وهي العلامة التي تدل على سقوطه حيا أو ميتا فذهب مالك وأصحابه الى أن علامة الحياة الاستهلال بالصياح أو البكاء وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأكثر الفقهاء كل ما علمت به الحياة في العادة من حركة أو عطاس أو تنفس فاحكامه أحكام الحي وهو الاظهر واختلفوا من هذا الباب في الخلقة التي توجب الغرة فقال مالك كل ما طرحته من مضغة أو علقة مما يعلم انه ولد ففيه الغرة وقال الشافعي لا شيء فيه حتى تستبين الخلقة والاجود أن يعتبر نفخ الروح فيه أعني أن يكون تجب فيه الغرة اذا علم أن الحياة قد كانت وجدت فيه وأما على من تجب فانهم اختلفوا في ذلك فقالت طائفة منهم مالك والحسن بن حي والحسن البصري هي في مال الجاني وقال آخرون هي على العاقلة وممن قال بذلك الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجماعة وعمدتهم انها جناية خطأ فوجبت على العاقلة وما روى أيضا عن جابر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل في الجنين غرة على عاقلة الضارب وبدأ بزوجها وولدها وأما مالك فشبهها بدية العمد اذا كان الضرب عمدا وأما لمن تجب فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة هي لورثة الجنين وحكمها حكم الدية في أنها موروثة وقال ربيعة والليث هي للام خاصة وذلك انهم شبهوا جنينها بعضو من أعضائها * ومن الواجب الذي اختلفوا فيه في الجنين مع وجوب الغرة وجوب الكفارة فذهب الشافعي الى أن فيه الكفارة واجبة وذهب أبو حنيفة الى أنه ليس فيه كفارة واستحسنها مالك ولم يوجبها فأما الشافعي فانه أوجبها لأن الكفارة عنده واجبة في العمد والخطأ وأما أبو حنيفة فانه غلب عليه حكم العمد والكفارة لا تجب عنده في العمد وأما مالك فلما كانت الكفارة لا تجب عنده في العمد وتجب في الخطأ وكان هذا مترددا عنده بين العمد والخطا استحسن فيه الكفارة ولم يوجبها * ومن أنواع الخطأ المختلف فيه اختلافهم في تضمين الراكب والسائق والقائد فقال الجمهور هم ضامنون لما أصابت الدابة واحتجوا في ذلك بقضاء عمر على الذي أجرى فرسه فوطئ آخر بالعقل وقال أهل الظاهر لا ضمان على

أحدا في جرح العجماء واعتمدوا الأثر الثابت فيه عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أبي هريرة أنه قال عليه الصلاة والسلام جرح العجماء جبار والبئر جبار والمعدن جبار وفي الركاز الخمس فحمل الجمهور الحديث على أنه اذا لم يكن للدابة راكب ولا سائق ولا قائد لأنهم رأوا انه اذا أصابت الدابة أحدا وعليها راكب أو لها قائد أو سائق فان الراكب لها أو السائق أو القائد هو المصيب ولكن خطأ واختلف الجمهور فيما أصابت الدابة برجلها فقال مالك لا شئ فيه ان لم يفعل صاحب الدابة بالدابة شيأ يبعثها به على أن ترمح برجلها وقال الشافعي يضمن الراكب ما أصابت بيدها أو برجلها وبه قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى وسوى بين الضمان برجلها أو بغير رجلها وبه قال أبو حنيفة الا أنه استثنى الرمحة بالرجل أو بالذنب ورد بما احتج من لم يضمن رجل الدابة بما روى عنه صلى الله عليه وسلم الرجل جبار ولم يصح هذا الحديث عند الشافعي وردوا أقاويل العلماء فيمن حفر بئرا فوقع فيها انسان متقاربة قال مالك ان حفر في موضع جرت العادة الحفر في مثله لم يضمن وان تعدى في الحفر ضمن وقال الليث ان حفر في أرض يملكها لم يضمن وان حفر فيما لا يملك ضمن فمن ضمن فهو عنده من نوع الخطأ وكذلك اختلفوا في الدابة الموقوفة فقال بعضهم ان أوقفها بحيث يجب له أن يوقفها لم يضمن وان لم يفعل ضمن وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يضمن على كل حال وليس يبرئه أن يربطها بموضع يجوز له أن يربطها فيه كما لا يبرئه ركوبها من ضمان ما أصابته وان كان الركوب مباحا واختلفوا في الفارسين يصطدمان فيموت كل واحد منهما فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة على كل واحد منهما دية الآخر وذلك على العاقلة وقال الشافعي وعثمان البتي على كل واحد منهما نصف دية صاحبه لأن كل واحد منهما مات من فعل نفسه وفعل صاحبه وأجمعوا على أن الطبيب اذا أخطأ لزمته الدية مثل أن يقطع الحشفة في الختان وما أشبه ذلك لأنه في معنى الجاني خطأ وعن مالك رواية انه ليس عليه شئ وذلك عنده اذا كان من أهل الطب ولا خلاف انه اذا لم يكن من أهل الطب انه يضمن لأنه متعد وقد ورد في ذلك مع الاجماع حديث عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من تطبب ولم يعلم منه قبل ذلك الطب فهو ضامن والدية فيما أخطأ الطبيب عند الجمهور على العاقلة ومن

أهل العلم من جعله فى مال الطبيب ولا خلاف انه اذا لم يكن من أهل الطب انها فى ماله على ظاهر حديث عمرو بن شعيب ولا خلاف بينهم ان الكفارة التى نص الله عليها فى قتل الحر خطأ واجبة واختلفوا فى قتل العمد هل فيه كفارة وفى قتل العبد خطأ فأوجبها مالك فى قتل الحر فقط فى الخطأ دون العمد وأوجبها الشافعى فى العمد من طريق الاولى والاحرى وعند مالك ان العمد فى هذا حكمه حكم الخطأ واختلفوا فى تغليظ الدية فى الشهر الحرام وفى البلد الحرام فقال مالك وأبو حنيفة وابن أبى ليلى لا تغلظ الدية فيهما وقال الشافعى تغلظ فيهما فى النفس وفى الجراح وروى عن القاسم بن محمد وابن شهاب وغيرهم انه يزاد فيهما مثل ثلثها وروى ذلك عن عمر وكذلك عند الشافعى من قتل ذا رحم محرم عمدة مالك وأبى حنيفة عموم الظاهر فى توقيت الديات فمن ادعى فى ذلك تخصيصا فعليه الدليل مع انهم قد أجمعوا على انه لا تغلظ الكفارة فيمن قتل فيهما وعمدة الشافعى ان ذلك مروى عن عمر وعثمان وابن عباس واذا روى عن الصحابة شئ مخالف للقياس وجب حمله على التوقيف ووجه مخالفته للقياس ان التغليظ فيما وقع خطأ بعيد عن أصول الشرع وللفريق الثانى أن يقول انه قد ينقدح فى ذلك قياس لما ثبت فى الشرع من تعظيم الحرم واختصاصه بضمان الصيود فيه

(كتاب الديات فيما دون النفس)

والأشياء التى تجب فيها الدية فيما دون النفس هى شجاج وأعضاء فلنبدأ بالقول فى الشجاج والنظر فى هذا الباب فى محل الوجوب وشرطه وفى قدره الواجب وعلى من تجب ومتى تجب ولمن تجب فأما محل الوجوب فهى الشجاج أو قطع الأعضاء والشجاج عشرة فى اللغة والفقه أولها الدامية وهى التى تدمى الجلد ثم الحارصة وهى التى تشق الجلد ثم الباضعة وهى التى تبضع اللحم أى تشقه ثم المتلاحمة وهى التى أخذت فى اللحم ثم السمحاق وهى التى تبلغ السمحاق وهو الغشاء الرقيق بين اللحم والعظم ويقال لها الملطاء بالمد والقصر ثم الموضحة وهى التى توضح العظم أى تكشفه ثم الهاشمة وهى التى تهشم العظم ثم المنقلة وهى التى يطير العظم منها ثم المأمومة وهى التى تصل أم الدماغ ثم الجائفة وهى التى تصل الى الجوف وأسماء هذه الشجاج مختصة

بما وقع بالوجه منها والرأس دون سائر البدن واسم الجرح يختص بما وقع فى البدن فهذه أسماء هذه الشجاج فأما أحكامها أعنى الواجب فيها فاتفق العلماء على أن العقل واقع فى عمد الموضحة ومادون الموضحة خطأ واتفقوا على أنه ليس فيما دون الموضحة خطأ عقل وانما فيها حكومة قال بعضهم أجرة الطبيب الا ماروى عن عمر وعثمان أنهما قضيا فى السمحاق بنصف دية الموضحة وروى عن على انه قضى فيها بأربع من الابل وروى عن زيد بن ثابت أنه قال فى الدامية بعير وفى الباضعة بعيران وفى المتلاحمة ثلاثة أبعرة وفى السمحاق أربعة والجمهور من فقهاء الامصار على ماذكرنا وذلك ان الاصل فى الجراح الحكومة الا ماوقتت فيه السنة حدا ومالك يعتبر فى الزام الحكومة فيما دون الموضحة ان تبرأ على شين والغير من فقهاء الامصار يلزم فيها الحكومة برئت على شين أولم تبرأ فهذه هى أحكام مادون الموضحة فأما الموضحة فجميع الفقهاء على ان فيها اذا كانت خطأ خمسا من الابل وثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى كتابه لعمرو بن حزم ومن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى الموضحة خمس يعنى من الابل واختلف العلماء فى موضع الموضحة من الجسد بعد اتفاقهم على ماقلنا أعنى على وجوب القصاص فى العمد ووجوب الدية فى الخطأ منها فقال مالك لاتكون الموضحة الا فى جهة الرأس والجبهة والخدين واللحى الاعلى ولاتكون فى اللحى الاسفل لانه فى حكم العنق ولا فى الانف وأما الشافعى وأبو حنيفة فالموضحة عندهما فى جميع الوجه والرأس والجمهور على انها لاتكون فى الجسد وقال الليث وطائفة تكون الموضحة فى الجنب وقال الاوزاعى اذا كانت فى الجسد كانت على النصف من ديتها فى الوجه والرأس وروى عن عمر أنه قال فى موضحة الجسد نصف عشر دية ذلك العضو وغلظ بعض العلماء فى موضحة الوجه تبرأ على شين فرأى فيها مثل نصف عقلها زائدا على عقلها وروى ذلك مالك عن سليمان بن يسار واضطرب قول مالك فى ذلك فمرة قال بقول سليمان بن يسار ومرة قال لايزاد فيها على عقلها شئ وبه قال الجمهور وقد قيل عن مالك أنه قال اذا شانت الوجه كان فيها حكومة من غير توقيف ومعنى الحكومة عند مالك مانقص من قيمته ان لو كان عبدا وأما

الهاشمة ففيها عند الجمهور عشر الدية وروى ذلك عن زيد بن ثابت ولا مخالف له من الصحابة وقال بعض العلماء الهاشمة هى المنقلة وشذ وأما المنقلة فلا خلاف ان فيها عشر الدية ونصف العشر اذا كانت خطأ فأما اذا كانت عمدا فجمهور العلماء على ان ليس فيها قود لمكان الخوف * وحكى عن ابن الزبير أنه أقادمنها ومن المأمومة وأما الهاشمة فى العمد فروى ابن القاسم عن مالك أنه ليس فيها قود ومن أجاز القود من المنقلة كان أحرى ان يجيز ذلك من الهاشمة وأما المأمومة فلا خلاف انه لا يقاد منها وان فيها ثلث الدية الا ما حكى عن ابن الزبير وأما الجائفة فاتفقوا على انها من جراح الجسد لا من جراح الرأس وانها لا يقاد منها وان فيها ثلث الدية وانها جائفة متى وقعت فى الظهر والبطن واختلفوا اذا وقعت فى غير ذلك من الاعضاء فنفذت الى تجويفه فحكى مالك عن سعيد بن المسيب ان فى كل جراحة نافذة الى تجويف عضو من الاعضاء أى عضو كان ثلث دية ذلك العضو * وحكى ابن شهاب انه كان لا يرى ذلك وهو الذى اختاره مالك لأن القياس عنده فى هذا لا يسوغ وانما عنده فى ذلك الاجتهاد من غير توقيف وأما سعيد فانه قاس ذلك على الجائفة على نحو ماروى عن عمر فى موضحة الجسد وأما الجراحات التى تقع فى سائر الجسد فليس فى الخطأ منها الا الحكومة

(القول فى ديات الاعضاء)

والاصل فيما فيه من الاعضاء اذا قطع خطأ مال محدود وهو الذى يسمى دية وكذلك من الجراحات والنفوس حديث عمرو بن حزم عن أبيه ان فى الكتاب الذى كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم فى العقول ان فى النفس مائة من الابل وفى الانف اذا استوعب جدعا مائة من الابل وفى المأمومة ثلث الدية وفى الجائفة مثلها وفى العين خمسون وفى اليد خمسون وفى الرجل خمسون وفى كل أصبع مما هنالك عشر من الابل وفى السن والموضحة خمس وكل هذا مجمع عليه الا السن والابهام فانهم اختلفوا فيها على ما سنذكره ومنها ما اتفقوا عليه مما لم يذكر ههنا قياسا على ماذكر فنقول ان العلماء أجمعوا على ان فى الشفتين الدية كاملة والجمهور على ان فى كل واحدة منهما نصف الدية وروى عن قوم من التابعين ان فى السفلى ثلثى الدية لأنها تحبس الطعام

والشراب وبالجملة فان حركتها والمنفعة بها أعظم من حركة الشفة العليا وهو مذهب زيد بن ثابت وبالجملة فجماعة العلماء وأئمة الفتوى متفقون على أن فى كل زوج من الانسان الدية ماخلا الحاجبين وثديى الرجل واختلفوا فى الاذنين متى تكون فيهما الدية فقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى والليث اذا اصطلمتا كان فيهما الدية ولم يشترطوا ذهاب السمع بل جعلوا فى ذهاب السمع الدية مفردة وأما مالك فالمشهور عنده انه لاتجب فى الاذنين الدية الا اذا ذهب سمعهما فان لم يذهب ففيه حكومة وروى عن أبى بكر أنه قضى فى الاذنين بخمس عشرة من الابل وقال انهما لا يضران السمع ويسترهما الشعر أو العمامة وروى عن عمر وعلى وزيد انهم قضوا فى الاذن اذا اصطلمت نصف الدية وأما الجمهور من العلماء فلا خلاف عندهم ان فى ذهاب السمع الدية وأما الحاجبان ففيهما عند مالك والشافعى حكومة وقال أبو حنيفة فيهما الدية وكذلك فى اشفار العين وليس عند مالك فى ذلك الا حكومة وعمدة الحنفية ماروى عن ابن مسعود أنه قال فى كل اثنين من الانسان الدية وتشبيهما بما أجمعوا عليه من الاعضا المثناة وعمدة مالك انه لامجال فيه للقياس وانما طريقه التوقيف فمالم يثبت من قبل السماع فيه دية فالاصل ان فيه حكومة وأيضا فان الحواجب ليست أعضاء لها منفعة ولافعل بين أعنى ضروريا فى الخلقة وأما الاجفان فقيل فى كل جفن منها ربع الدية وبه قال الشافعى والكوفى لأنه لا بقاء للعين دون الأجفان وفى الجفنين الاسفلين عند غيرهما الثلث وفى الاعليين الثلثان وأجمعوا على ان من أصيب من أطرافه أكثر من ديته ان له ذلك مثل ان تصاب عيناه وأنفه فله ديتان وأما الانثيان فأجمعوا أيضا على ان فيهما الدية وقال جميعهم ان فى كل واحدة منهما نصف الدية الا ماروى عن سعيد بن المسيب أنه قال فى البيضة اليسرى ثلثا الدية لان الولد يكون منها وفى اليمنى ثلث الدية فهذه مسائل الاعضاء المزدوجة وأما المفردة فان جمهورهم على ان فى اللسان خطأ الدية وذلك مروى عن النبى صلى الله عليه وسلم وذلك اذا قطع كله أو قطع منه ما يمنع الكلام فان لم يقطع منه مامنع الكلام ففيه حكومة واختلفوا فى القصاص فيه عمدا فمنهم من لم يرفيه قصاصا وأوجب الدية وهم مالك والشافعى والكوفى لكن الشافعى يرى الدية فى مال الجانى والكوفى ومالك

على العاقلة وقال الليث وغيره فى اللسان عمدا القصاص وأما الانف فأجمعوا على انه اذا أوعب جدعا على ان فيه الدية على ما فى الحديث وسواء عند مالك ذهب الشم أولم يذهب وعنده أنه اذا ذهب أحدهما ففيه الدية وفى ذهاب أحدهما بعد الآخر الدية الكاملة وأجمعوا على ان فى الذكر الصحيح الذى يكون به الوطء الدية كاملة واختلفوا فى ذكر العنين والخصى كما اختلفوا فى لسان الاخرس وفى اليد الشلاء فمنهم من جعل فيها الدية ومنهم من جعل فيها حكومة ومنهم من قال فى ذكر الخصى والعنين ثلث الدية والذى عليه الجمهور ان فيه حكومة وأقل ما تجب فيه الدية عند مالك قطع الحشفة ثم فى باقى الذكر حكومة وأما عين الاعور فالعلماء فيها قولان أحدهما ان فيها الدية كاملة واليه ذهب مالك وجماعة من أهل المدينة وبه قال الليث وقضى به عمر بن عبد العزيز وهو قول ابن عمر وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى فيها نصف الدية كما فى عين الصحيح وهو مروى عن جماعة من التابعين وعمدة الفريق الاول ان العين الواحدة للاعور بمنزلة العينين جميعا لغير الاعور وعمدة الفريق الثانى حديث عمرو بن حزم أعنى عموم قوله وفى العين نصف الدية وقياسا أيضا على اجماعهم أنه ليس على من قطع يد من له يد واحدة الا نصف الدية فسبب اختلافهم فى هذا معارضة العموم للقياس ومعارضة القياس للقياس ومن أحسن ما قيل فيمن ضرب عين رجل فاذهب بعض بصرها ما روى من ذلك عن على رضى الله عنه انه أمر بالذى أصيب بصره بان عصبت عينه الصحيحة وأعطى رجلا بيضة فانطلق بها وهو ينظر اليها حتى لم يبصرها فخط عند أول ذلك خطا فى الارض ثم أمر بعينه المصابة فعصبت وفتحت الصحيحة وأعطى رجلا البيضة بعينها فانطلق بها وهو ينظر اليها حتى خفيت عنه فخط أيضا عند أول ما خفيت عنه فى الارض خطا ثم علم ما بين الخطين من المسافة وعلم مقدار ذلك من منتهى رؤية العين الصحيحة فأعطاه قدر ذلك من الدية ويختبر صدقه فى مسافة ادراك العين العليلة والصحيحة بان يختبر ذلك منه مرارا شتى فى مواضع مختلفة فان خرجت مسافة تلك المواضع التى ذكر واحدة علمنا انه صادق واختلف العلماء فى الجناية على العين القائمة الشكل التى ذهب بصرها فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة فيها حكومة

وقال زيد بن ثابت فيها عشر الدية مائة دينار وحمل ذلك الشافعي على أنه كان ذلك من زيد تقويما لا توقيتا وروى عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عباس انهما قضيا فى العين القائمة الشكل واليد الشلاء والسن السوداء فى كل واحدة منها ثلث الدية وقال مالك تتم دية السن باسودادها ثم فى قلعها بعد اسودادها دية واختلف العلماء فى الأعور يفقأ عين الصحيح عمدا فقال الجمهور ان أحب فله القود وان عفا فله الدية قال قوم كاملة وقال قوم نصفها وبه قال الشافعي وابن القاسم وبكلا القولين قال مالك وبالدية كاملة قال المغيرة من أصحابه وابن دينار وقال الكوفيون ليس للصحيح الذى فقئت عينه الا القود وما اصطلحوا عليه وعمدة من رأى جميع الدية عليه اذا عفا عن القود أنه يجب عليه دية ما ترك له وهى العين العوراء وهى دية كاملة عند كثير من أهل العلم ومذهب عمر وعثمان وابن عمر ان عين الاعور اذا فقئت وجب فيها ألف دينار لانها فى حقه فى معنى العينين كلتيهما الا العين الواحدة فاذا تركها له وجبت عليه ديتها وعمدة أولئك البقاء على الاصل أعنى ان فى العين الواحدة نصف الدية وعمدة أبى حنيفة أن العمد ليس فيه دية محدودة وهذه المسئلة قد ذكرت فى باب القود فى الجراح وقال جمهور العلماء وأئمة الفتوى مالك وأبو حنيفة والشافعي والثورى وغيرهم ان فى كل أصبع عشرا من الابل وأن الاصابع فى ذلك سواء وان فى كل أنملة ثلث العشر الا ماله من الاصابع أنملتان كالابهام ففى أنملته خمس من الابل وعمدتهم فى ذلك ما جاء فى حديث عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال وفى كل أصبع مما هنالك عشر من الابل وخرج عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى الاصابع بعشر العشر وهو قول على وابن مسعود وابن عباس وهى عندهم على أهل الورق بحسب ما يرى واحد واحد منهم فى الدية من الورق فهى عند من يرى انها اثنا عشر ألف درهم عشرها وعند من يرى انها عشرة آلاف عشرها وروى عن السلف المتقدم اختلاف فى عقل الاصابع فروى عن عمر ابن الخطاب أنه قضى فى الابهام والتى تليها بعقل نصف الدية وفى الوسطى بعشر فرائض وفى التى تليها بتسع وفى الخنصر بست وروى عن مجاهد أنه قال فى الابهام خمسة عشر من الابل وفى التى تليها عشر وفى الوسطى عشر وفى التى تليها ثمان وفى

الخنصر سبع وأما الترقوة والضلع ففيهما عند جمهور فقهاء الأمصار حكومة وروى عن بعض السلف فيها توقيت وروى عن مالك أن عمر بن الخطاب قضى فى الضرس بجمل والضلع بجمل وفى الترقوة بجمل وقال سعيد بن جبير فى الترقوة بعيران وقال قتادة أربعة أبعرة وعمدة فقهاء الامصار ان مالم يثبت فيه عن النبى صلى الله عليه وسلم توقيت فليس فيه الا حكومة وجمهور فقهاء الأمصار على أن فى كل سن من أسنان الفم خمسا من الابل وبه قال ابن عباس وروى مالك عن عمر أنه قضى فى الضرس بجمل وذلك فيما لم يكن منها فى مقدم الفم وأما التى فى مقدم الفم فلا خلاف أن فيها خمسا من الابل وقال سعيد بن المسيب فى الأضراس بعيران وروى عن مالك أن مروان بن الحكم اعترض فى ذلك على ابن عباس فقال أتجعل مقدم الاسنان مثل الأضراس فقال ابن عباس لولم يعتبر ذلك الا بالأصابع عقلها سواء عمدة الجمهور فى ذلك ما ثبت عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال فى السن خمس وذلك من حديث عمرو بن حزم عن أبيه عن جده واسم السن ينطلق على التى فى مقدم الفم ومؤخره وتشبيهها أيضا بالأصابع التى استوت ديتها وان اختلفت منافعها وعمدة من خالف بينهما أن الشرع يوجد فيه تفاضل الديات لتفاضل الأعضاء مع أنه يشبه أن يكون من صار الى ذلك من الصدر الأول انما صار اليه عن توقيف وجميع هذه الأعضاء التى تثبت الدية فيها خطأ فيها القود فى قطع ما قطع وقلع ما قلع واختلفوا فى كسر ما كسر منها مثل الساق والذراع هل فيه قود أم لا فذهب مالك وأصحابه الى أن القود فى كسر جميع العظام الا الفخذ والصلب وقال الشافعى والليث لا قصاص فى عظم من العظام يكسر وبه قال أبو حنيفة الا أنه استثنى السن وروى عن ابن عباس أنه لا قصاص فى عظم وكذلك عن عمر قال أبو عمر بن عبد البر ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم أقاد فى السن المكسورة من حديث أنس قال وقد روى من حديث آخر أن النبى عليه الصلاة والسلام لم يقد من العظم المقطوع فى غير المفصل الا أنه ليس بالقوى وروى عن مالك أن أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أقاد من كسر الفخذ واتفقوا على ان دية المراة نصف دية الرجل فى النفس واختلفوا فى ديات الشجاج وأعضائها فقال جمهور فقهاء المدينة تساوى المرأة الرجل فى عقلها من الشجاج والاعضاء الى أن تبلغ

ثلث الدية فاذا بلغت ثلث الدية عادت ديتها الى النصف من دية الرجل أعني دية أعضائها
من أعضائه مثال ذلك ان فى كل أصبع من أصابعها عشرا من الابل وفى اثنين منها
عشرون وفى ثلاثة ثلاثون وفى أربعة عشرون وبه قال مالك وأصحابه والليث ابن سعد
ورواه مالك عن سعيد بن المسيب وعن عروة بن الزبير وهو قول زيد بن ثابت ومذهب
عمر بن عبد العزيز وقالت طائفة بل دية جراحة المرأة مثل دية جراحة الرجل الى
الموضحة ثم تكون ديتها على النصف من دية الرجل وهو الاشهر من قولى ابن مسعود
وهو مروى عن عثمان وبه قال شريح وجماعة وقال قوم بل دية المرأة فى جراحها
وأطرافها على النصف من دية الرجل فى قليل ذلك وكثيره وهو قول على رضى الله عنه
وروى ذلك عن ابن مسعود الا ان الاشهر عنه هو ما ذكرناه أولا وبهذا القول قال
أبو حنيفة والشافعى والثورى وعمدة قائل هذا القول ان الأصل هو أن دية المرأة نصف
دية الرجل فواجب التمسك بهذا الاصل حتى يأتى دليل من السماع الثابت اذ القياس
فى الديات لا يجوز وبخاصة لكون القول بالفرق بين القليل والكثير مخالفا للقياس
ولذلك قال ربيعة لسعيد ما يأتى ذكره عنه ولا اعتماد للطائفة الاولى الا مراسيل
وما روى عن سعيد بن المسيب حين سأله ربيعة بن أبى عبد الرحمن كم فى أربع من
أصابعها قال عشرون قلت حين عظم جرحها واشتدت بليتها نقص عقلها قال أعراقى
أنت قلت بل عالم متثبت أو جاهل متعلم قال هى السنة وروى أيضا عن النبى عليه الصلاة
والسلام من مرسل عمرو بن شعيب عن أبيه وعكرمة وقد رأى قوم أن قول الصحابى
اذا خالف القياس وجب العمل به لانه يعلم انه لم يترك القول به الا عن توقيف لكن
فى هذا ضعف اذ كان يمكن أن يترك القول به اما لانه لا يرى القياس واما لانه عارضه
فى ذلك قياس ثان أو قلد فى ذلك غيره فهذه حال ديات جراح الاحرار والجنايات
على أعضائها الذكور منهم والاناث وأما جراح العبيد وقطع أعضائهم فان العلماء
اختلفوا فيها على قولين فمنهم من رأى أن فى جراحهم وقطع أعضائهم ما نقص من ثمن
العبد ومنهم من رأى أن الواجب فى ذلك من قيمته قدر ما فى ذلك الجراح من ديته
فيكون فى موضحته نصف عشر قيمته وفى عينه نصف قيمته وبه قال أبو حنيفة
والشافعى وهو قول عمر وعلى وقال مالك يعتبر فى ذلك كله ما نقص من ثمنه الا موضحته

ومنقلته ومأمومته ففيها من ثمنه قدرمافيها فى الحرمن ديته وعمدة الفريق الاول تشبيهه بالعروض وعمدة الفريق الثانى تشبيهه بالحر اذهو مسلم ومكلف ولاخلاف بينهم أن دية الخطأ من هذه اذا جاوزت الثلث على العاقلة واختلف فيما دون ذلك فقال مالك وفقهاء المدينة السبعة وجماعة ان العاقلة لاتحمل من ذلك الا الثلث فما زاد وقال أبو حنيفة تحمل من ذلك العشر فما فوقه من الدية الكاملة وقال الثورى وابن شبرمة الموضحة فما زاد على العاقلة وقال الشافعى وعثمان البتى تحمل العاقلة القليل والكثير من دية الخطأ وعمدة الشافعى هى ان الاصل هو أن العاقلة هى التى تحمل دية الخطأ فمن خصص من ذلك شيأ فعليه الدليل ولاعمدة للفريق المتقدم الا أن ذلك معمول به ومشهور وهنا انقضى هذا الكتاب والحمد لله حق حمده

﴿بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما﴾

(كتاب القسامة)

اختلف العلماء فى القسامة فى أربعة مواضع تجرى مجرى الاصول لفروع هذا الباب ﴿المسئلة الاولى﴾ هل يجب الحكم بالقسامة أم لا الثانية اذا قلنا بوجوبها هل يجب بها الدم أو الدية أو دفع مجرد الدعوى المسئلة الثالثة هل يبدأ بالايمان فيها المدعون أو المدعى عليهم وكم عدد الحالفين من الاولياء المسئلة الرابعة فيما يعد لوثا يجب به أن يبدأ المدعون بالايمان

﴿المسئلة الاولى﴾ أما وجوب الحكم بها على الجملة فقال به جمهور فقهاء الامصار مالك والشافعى وأبو حنيفة وأحمد وسفيان وداود وأصحابهم وغير ذلك من فقهاء الامصار وقالت طائفة من العلماء سالم بن عبد الله وأبو قلابة وعمر بن عبد العزيز وابن علية لايجوز الحكم بها عمدة الجمهور ماثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث حويصة ومحيصة وهو حديث متفق على صحته من أهل الحديث الا أنهم مختلفون فى ألفاظه على ماسيأتى بعد وعمدة الفريق النافى لوجوب الحكم بها أن القسامة مخالفة لاصول الشرع المجمع على صحتها فمنها أن الاصل فى الشرع أن لايحلف أحد الا على ماعلم قطعا أو شاهد حسا واذا كان ذلك كذلك فكيف يقسم أولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتل بل قد يكونون فى بلد والقتل فى بلد آخر ولذلك روى البخارى عن أبى قلابة

أن عمر بن عبد العزيز أبرز سريره يوما للناس ثم أذن لهم فدخلوا عليه فقال ما تقولون في القسامة فاضب القوم وقالوا نقول ان القسامة القود بها حق قد أقاد بها الخلفاء فقال ما تقول يا أبا قلابة ونصبني للناس فقلت يا أمير المؤمنين عندك اشراف العرب ورؤساء الاجناد أرأيت لو أن خمسين رجلا شهدوا على رجل أنه زنى بدمشق ولم يروه أكنت ترجمه قال لا قلت أفرأيت لو أن خمسين رجلا شهدوا عندك على رجل انه سرق بحمص ولم يروه أكنت تقطعه قال لا وفي بعض الروايات قلت فما بالهم اذا شهدوا انه قتله بأرض كذا وهم عندك أقدت بشهادتهم قال فكتب عمر بن عبد العزيز في القسامة انهم ان أقاموا شاهدي عدل ان فلانا قتله فأقده ولا يقتل بشهادة الخمسين الذين أقسموا قالوا ومنها ان من الاصول ان الايمان ليس لها تأثير في اشاطة الدماء ومنها أن من الاصول ان البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ومن حجتهم أنهم لم يروا في تلك الاحاديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم بالقسامة وانما كانت حكما جاهليا فتلطف لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليريهم كيف لا يلزم الحكم بها على أصول الاسلام ولذلك قال لهم أتحلفون خمسين يمينا أعني لولاة الدم وهم الانصار قالوا كيف نحلف ولم نشاهد قال فيحلف لكم اليهود قالوا كيف نقبل أيمان قوم كفار قالوا فلو كانت السنة أن يحلفوا وان لم يشهدوا لقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم هي السنة قال واذا كانت هذه الآثار غير نص في القضاء بالقسامة والتأويل يتطرق اليها فصرفها بالتأويل الى الاصول أولى وأما القائلون بها وبخاصة مالك فرأى ان سنة القسامة سنة منفردة بنفسها مخصصة للاصول كسائر السنن المخصصة وزعم ان العلة في ذلك حوطة الدماء وذلك ان القتل لما كان يكثر وكان يقل قيام الشهادة عليه لكون القاتل انما يتحرى بالقتل مواضع الخلوات جعلت هذه السنة حفظا للدماء لكن هذه العلة تدخل عليه في قطاع الطريق والسراق وذلك ان السارق تعسر الشهادة عليه وكذلك قاطع الطريق فلهذا أجاز مالك شهادة المسلوبين على السالبين مع مخالفة ذلك للاصول وذلك ان المسلوبين مدعون على سلبهم والله أعلم

﴿المسئلة الثانية﴾ اختلف العلماء القائلون بالقسامة فيما يجب بها فقال مالك وأحمد يستحق بها الدم في العمد والدية في الخطأ وقال الشافعي والثوري وجماعة تستحق

بها الدية فقط وقال بعض الكوفيين لا يستحق بها الا دفع الدعوى على الاصل في ان اليمين انما تجب على المدعى عليه وقال بعضهم بل يحلف المدعى عليه و يغرم الدية فعلى هذا انما يستحق منها دفع القود فقط فيكون فيما يستحق المقسمون أربعة أقوال فعمدة مالك ومن قال بقوله مارواه من حديث ابن أبي ليلى عن سهل ابن أبي حثمة وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم تحلفون وتستحقون دم صاحبكم وكذلك مارواه من مرسل بشير بن بشار وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أتحلفون خمسين يمينا وتستحقون دم صاحبكم أوقاتلكم وأما عمدة من أوجب بها الدية فقط فهو ان الايمان يوجد لها تأثير في استحقاق الاموال أعني في الشرع مثل ما ثبت من الحكم في الاموال باليمين والشاهد ومثل ما يجب المال بنكول المدعى عليه أو بالنكول وقلبها على المدعى عند من يقول بقلب اليمين مع النكول مع ان حديث مالك عن ابن أبي ليلى ضعيف لأنه رجل مجهول لم يروعنه غير مالك وقيل فيه أيضا انه لم يسمع من سهل وحديث بشير بن بشار قد اختلف في اسناده فأرسله مالك وأسنده غيره قال القاضي يشبه ان تكون هذه العلة هي السبب في ان لم يخرج البخاري هذين الحديثين واعتضد عندهم القياس في ذلك بما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال لا قود بالقسامة ولكن يستحق بها الدية. وأما الذين قالوا انما يستحق بها دفع الدعوى فقط فعمدتهم ان الاصل هو أن الايمان على المدعى عليه والأحاديث التي نذكرها فيما بعد ان شاء الله

﴿المسئلة الثالثة﴾ واختلف القائلون بالقسامة أعني الذين قالوا انها يستوجب بها مال أو دم فيمن يبدأ بالايمان الخمسين على ما ورد في الآثار فقال الشافعي وأحمد وداود بن علي وغيرهم يبدأ المدعون وقال فقهاء الكوفة والبصرة وكثير من أهل المدينة بل يبدأ المدعى عليهم بالايمان وعمدة من بدأ بالمدعين حديث مالك عن ابن أبي ليلى عن سهل بن أبي حثمة ومرسله عن بشير بن يسار وعمدة من رأى التبدئة بالمدعى عليهم ما خرجه البخاري عن سعيد بن عبيد الطائي عن بشير بن يسار أن رجلا من الانصار يقال له سهل بن حثمة وفيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تأتون بالبينة على من قتله قالوا ما لنا بينة قال فيحلفون لكم قالوا ما نرضى بأيمان يهود

وكره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبطل دمه فوداه بمائة بعير من ابل الصدقة قال القاضى وهذا نص فى انه لا يستوجب بالايمان الخمسين الا دفع الدعوى فقط واحتجوا أيضا بما خرجه أبو داود أيضا عن أبى سلمة ابن أبى عبد الرحمن وسليمان ابن يسار عن رجال من كبراء الانصار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود وبدأ بهم أيحلف منكم خمسون رجلا خمسين يمينا فأبوا فقال للانصار احلفوا فقالوا أنحلف على الغيب يارسول الله فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية على يهود لأنه وجد بين أظهرهم وبهذا تمسك من جعل اليمين فى حق المدعى عليه وألزمهم الغرم مع ذلك وهو حديث صحيح الاسناد لأنه رواه الثقات عن الزهرى عن أبى سلمة وروى الكوفيون ذلك عن عمر أعنى انه قضى على المدعى عليهم باليمين والدية وخرج مثله أيضا من تبدئة اليهود بالايمان عن رافع بن خديج واحتج هؤلاء القوم على مالك بما روى عن ابن شهاب الزهرى عن سليمان بن يسار وعراك بن مالك ان عمر ابن الخطاب قال للجهنى الذى ادعى دم وليه على رجل من بنى سعد وكان أجرى فرسه فوطئ على أصبع الجهنى فنزى فيها فمات فقال عمر للذى ادعى عليهم أتحلفون بالله خمسين يمينا مامات منها فأبوا أن يحلفوا وتحرجوا فقال للمدعين احلفوا فأبوا فقضى عليهم بشطر الدية قالوا وأحاديثنا هذه أولى من التى روى فيها تبدئة المدعين بالأيمان لان الأصل شاهد لأحاديثنا من أن اليمين على المدعى عليه قال أبو عمر والأحاديث المتعارضة فى ذلك مشهورة

﴿المسئلة الرابعة﴾ وهى موجب القسامة عند القائلين بها أجمع جمهور العلماء القائلون بها انها لا تجب الا بشبهة واختلفوا فى الشبهة ماهى فقال الشافعى اذا كانت الشبهة فى معنى الشبهة التى قضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقسامة وهو أن يوجد قتيل فى محلة قوم لا يخالطهم غيرهم وبين أولئك القوم وبين قوم المقتول عداوة كما كانت العداوة بين الانصار واليهود وكانت خيبر دار اليهود مختصة بهم ووجد فيها القتيل من الانصار قال وكذلك لو وجد فى ناحية قتيل والى جانبه رجل مختضب بالدم وكذلك لو دخل على نفر بيت فوجد بينهم قتيل وما أشبه هذه الشبه مما يغلب على ظن الحكام ان المدعى محق لقيام تلك الشبهة وقال مالك بنحو من هذا أعنى ان القسامة

لاتجب الا باللوث والشاهد الواحد عنده اذا كان عدلا لوث باتفاق عند أصحابه واختلفوا اذا لم يكن عدلا وكذلك وافق الشافعي في قرينة الحال المخيلة مثل أن يوجد قتيل متشحطا بدمه وبقربه انسان بيده حديدة مدماة الا أن مالكا يرى ان وجود القتيل في المحلة ليس لوثا وان كانت هنالك عداوة بين القوم الذين منهم القتيل وبين أهل المحلة واذا كان ذلك كذلك لم يبق ههنا شئ يجب أن يكون أصلا لاشتراط اللوث في وجوبها ولذلك لم يقل بها قوم وقال أبو حنيفة وصاحباه اذا وجد قتيل في محلة قوم وبه أثر وجبت القسامة على أهل المحلة ومن أهل العلم من أوجب القسامة بنفس وجود القتيل في المحلة دون سائر الشرائط التي اشترط الشافعي ودون وجود الأثر بالقتيل الذي اشترطه أبو حنيفة وهو مروى عن عمر وعلي وابن مسعود وقال به الزهرى وجماعة من التابعين وهو مذهب ابن حزم قال القسامة تجب متى وجد قتيل لا يعرف من قتله أينما وجد فادعى ولاة الدم على رجل وحلف منهم خمسون رجلا خمسين يمينا فان هم حلفوا على العمد فالقود وان حلفوا على الخطأ فالدية وليس يحلف عنده أقل من خمسين رجلا وعند مالك رجلان فصاعدا من أولئك وقال داود لا أقضى بالقسامة الا في مثل السبب الذي قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم وانفرد مالك والليث من بين فقهاء الأمصار القائلين بالقسامة فجعلا قول المقتول فلان قتلني لوثا يوجب القسامة وكل قال بما غلب على ظنه انه شبهة يوجب القسامة ولمكان الشبه رأى تبتدئ المدعين بالايمان من رأى ذلك منهم فان الشبه عند مالك تنقل اليمين من المدعى عليه الى المدعى اذ سبب تعليق الشرع عنده اليمين بالمدعى عليه انما هو لقوة شبهته فيما ينفيه عن نفسه وكأنه شبه ذلك باليمين مع الشاهد في الاموال وأما القول بان نفس الدعوى شبهة فضعيف ومفارق للاصول والنص لقوله عليه الصلاة والسلام لو يعطى الناس بدعاويهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه وهو حديث ثابت من حديث ابن عباس وخرجه مسلم في صحيحه وما احتجت به المالكية من قصة بقرة بني اسرائيل فضعيف لأن التصديق هنالك أسند الى الفعل الخارق للعادة واختلف الذين أوجبوا القود بالقسامة هل يقتل بها أكثر من واحد فقال مالك لا تكون القسامة الا على واحد وبه قال أحمد

ابن حنبل وقال أشهب يقسم على الجماعة ويقتل منها واحد يعينه الأولياء وهو ضعيف وقال المغيرة المخزومي كل من أقسم عليه قتل وقال مالك والليث اذا شهد اثنان عدلان ان انسانا ضرب آخر وبقي المضروب أياما بعد الضرب ثم مات أقسم أولياء المضروب انه مات من ذلك الضرب وقيد به وهذا كله ضعيف واختلفوا في القسامة في العبد فبعض أثبتها وبه قال أبو حنيفة تشبيها بالحر وبعض نفاها تشبيها بالبهيمة وبها قال مالك والدية عندهم فيها في مال القاتل ولا يحلف فيها أقل من خمسين رجلا خمسين يمينا عند مالك ولا يحلف عنده أقل من اثنين في الدم ويحلف الواحد في الخطأ وان نكل عنده أحد من ولاة الدم بطل القود وصحت الدية في حق من لم ينكل أعني حظه منها وقال الزهري ان نكل منهم أحد بطلت الدية في حق الجميع وفروع هذا الباب كثيرة قال القاضي والقول في القسامة هو داخل فيما تثبت به الدماء وهو في الحقيقة جزء من كتاب الاقضية ولكن ذكرناه هنا على عادتهم وذلك انه اذا ورد قضاء خاص بجنس من أجناس الامور الشرعية رأوا ان الاولى ان يذكر في ذلك الجنس وأما القضاء الذي يعم أكثر من جنس واحد من أجناس الاشياء التي يقع فيها القضاء فيذكر في كتاب الاقضية. وقد تجدهم يفعلون الأمرين جميعا كما فعل مالك في الموطأ فانه ساق فيه الاقضية من كل كتاب

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما ﴾

(كتاب في أحكام الزنا)

والنظر في أصول هذا الكتاب في حد الزنا وفي أصناف الزناة وفي العقوبات لكل صنف صنف منهم وفيما تثبت به هذه الفاحشة

(الباب الاول)

فأما الزنا فهو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين وهذا متفق عليه بالجملة من علماء الاسلام وان كانوا اختلفوا فيما هو شبهة تدرأ الحدود مما ليس بشبهة دارئة وفي ذلك مسائل نذكر منها أشهرها فمنها الامة يقع عليها الرجل وله فيها شرك فقال مالك يدرأ عنه الحد وان ولدت ألحق الولد به وقومت عليه

وبه قال أبو حنيفة وقال بعضهم يعزر وقال أبو ثور عليه الحد كاملا اذا علم الحرمة وحجة الجماعة قوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات والذين درؤا الحدود اختلفوا هل يلزمه من صداق المثل بقدر نصيبه أم لا يلزم وسبب الخلاف هل ذلك الذي يملك منها يغلب حكمه على الجزء الذي لا يملك أم حكم الذي لا يملك يغلب على حكم الذي يملك فان حكم ما ملك الحلية وحكم مالم يملك الحرمية ومنها اختلافهم في الرجل المجاهد يطأ جارية من المغنم فقال قوم عليه الحد ودرأ قوم عنه الحد وهو أشبه والسبب في هذه وفي التي قبلها واحد والله أعلم ومنها ان يحل رجل لو وطء خادمه فقال مالك يدرأ عنه الحد وقال غيره يعزر وقال بعض الناس بل هي هبة مقبوضة والرقبة تابعة للفرج ومنها الرجل يقع على جارية ابنه او ابنته فقال الجمهور لا حد عليه لقوله عليه الصلاة والسلام لرجل خاطبه أنت ومالك لأبيك ولقوله عليه الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بالولد ولاجماعهم على أنه لا يقطع فيما سرق من مال ولده ولذلك قالوا تقوم عليه حملت أم لم تحمل لانها قد حرمت على ابنه فكانه استهلكها ومن الحجة لهم أيضا اجماعهم على أن الأب لو قتل ابن ابنه لم يكن للابن أن يقتص من أبيه وكذلك كل من كان الابن له وليا ومنها الرجل يطأ جارية زوجته اختلف العلماء فيه على أربعة أقوال فقال مالك والجمهور عليه الحد كاملا وقالت طائفة ليس عليه الحد وتقوم عليه فيغرمها لزوجته ان كانت طاوعته وان كان استكرهها قومت عليه وهي حرة وبه قال أحمد واسحق وهو قول ابن مسعود والأول قول عمر ورواه مالك في الموطأ عنه وقال قوم عليه مائة جلدة فقط سواء كان محصنا أو ثيبا وقال قوم عليه التعزير فعمدة من أوجب عليه الحد انه وطئ دون ملك تام ولا شركة ملك ولا نكاح فوجب الحد وعمدة من درأ الحد ما ثبت أن رسول الله عليه الصلاة والسلام قضى في رجل وطئ جارية امرأته انه ان كان استكرهها فهي حرة وعليه مثلها لسيدتها وان كانت طاوعته فهي له وعليه لسيدتها مثلها وأيضا فان له شبهة في مالها بدليل قوله عليه الصلاة والسلام تنكح المرأة لثلاث فذكر مالها ويقوى هذا المعنى على أصل من يرى ان المرأة محجور عليها من زوجها فيما فوق الثلث أو في الثلث فما فوقه وهو مذهب مالك ومنها ما يراه أبو حنيفة من درء الحد عن واطئ المستأجرة والجمهور على خلاف ذلك وقوله في ذلك ضعيف ومرغوب عنه وكأنه

رأى ان هذه المنفعة أشبهت سائر المنافع التى استأجرها عليها فدخلت الشبهة وأشبه نكاح المتعة ومنها درء الحد عمن امتنع اختلف فيه أيضا وبالجملة فالأنكحة الفاسدة داخلة فى هذا الباب وأكثرها عند مالك تدرأ الحد الا ما انعقد منها على شخص مؤبد التحريم بالقرابة مثل الأم وما أشبه ذلك مما لا يعذر فيه بالجهل

(الباب الثانى)

والزناة الذين تختلف العقوبة باختلافهم أربعة أصناف محصنون ثيب وابكار وأحرار وعبيد وذكور واناث والحدود الاسلامية ثلاثة رجم وجلد وتغريب فأما الثيب الأحرار المحصنون فان المسلمين أجمعوا على أن حدهم الرجم الا فرقة من أهل الأهواء فانهم رأوا ان حد كل زان الجلد وانما صار الجمهور للرجم لثبوت أحاديث الرجم فخصصوا الكتاب بالسنة أعنى قوله تعالى (الزانية والزانى) الآية واختلفوا فى موضعين أحدهما هل يجلدون مع الرجم أم لا والموضع الثانى فى شروط الاحصان

﴿أما المسئلة الاولى﴾ فان العلماء اختلفوا هل يجلد من وجب عليه الرجم قبل الرجم أم لا فقال الجمهور لا جلد على من وجب عليه الرجم وقال الحسن البصرى واسحق وأحمد وداود الزانى المحصن يجلد ثم يرجم عمدة الجمهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا ورجم امرأة من جهينة ورجم يهوديين وامرأة من عامر من الازد كل ذلك مخرج فى الصحاح ولم يروا أنه جلد واحدا منهم ومن جهة المعنى ان الحد الأصغر ينطوى فى الحد الأكبر وذلك ان الحد انما وضع للزجر فلا تأثير للزجر بالضرب مع الرجم وعمدة الفريق الثانى عموم قوله تعالى (الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) فلم يخص محصن من غير محصن واحتجوا أيضا بحديث على رضى الله عنه خرجه مسلم وغيره أن عليا رضى الله عنه جلد شراحة الهمدانية يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسوله وحديث عبادة بن الصامت وفيه أن النبى عليه الصلاة والسلام قال خذوا عنى قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم بالحجارة وأما الاحصان فانهم اتفقوا على أنه من شرط الرجم واختلفوا فى شروطه فقال مالك البلوغ والاسلام والحرية والوطء فى عقد صحيح وحالة جائز فيها الوطء والوطء

المحظور هو عنده الوطء فى الحيض أو فى الصيام فاذا زنى بعد الوطء الذى هو بهذه الصفة وهو بهذه الصفات فحده عنده الرجم ووافق أبو حنيفة مالكا فى هذه الشروط الا فى الوطء المحظور واشترط فى الحرية أن تكون من الطرفين أعنى أن يكون الزانى والزانية حرين ولم يشترط الاسلام الشافعى وعمدة الشافعى مارواه مالك عن نافع عن ابن عمر وهو حديث متفق عليه أن النبى صلى الله عليه وسلم رجم اليهودية واليهودى اللذين زنيا اذ رفع اليه أمرهما اليهود والله تعالى يقول (وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط) وعمدة مالك من طريق المعنى ان الاحصان عنده فضيلة ولا فضيلة مع عدم الاسلام وهذا مبناه على أن الوطء فى نكاح صحيح هو مندوب اليه فهذا هو حكم الثيب وأما الابكار فان المسلمين أجمعوا على أن حد البكر فى الزنا جلد مائة لقوله تعالى (الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) واختلفوا فى التغريب مع الجلد فقال أبو حنيفة وأصحابه لا تغريب أصلا وقال الشافعى لا بد من التغريب مع الجلد لكل زان ذكرا كان أو أنثى حرا كان أو عبدا وقال مالك يغرب الرجل ولا تغرب المرأة وبه قال الاوزاعى ولا تغريب عند مالك على العبيد فعمدة من أوجب التغريب على الاطلاق حديث عبادة بن الصامت المتقدم وفيه البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام وكذلك ما خرج أهل الصحاح عن أبى هريرة وزيد بن خالد الجهنى أنهما قالا ان رجلا من الاعراب أتى النبى عليه الصلاة والسلام قال يارسول الله أنشدك الله الا قضيت لى بكتاب الله فقال الخصم وهو أفقه منه نعم اقض بيننا بكتاب الله وائذن لى أن أتكلم فقال له النبى قل قال ان ابنى كان عسيفا على هذا فزنى بامرأته وانى أخبرت أن على ابنى الرجم فافتديته بمائة شاة ووليدة فسألت أهل العلم فأخبرونى انما على ابنى جلد مائة وتغريب عام وان على امرأة هذا الرجم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم والذى نفسى بيده لاقضين بينكما بكتاب الله أما الوليدة والغنم فرد عليك وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام واغد ياأنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فغدا عليها أنيس فاعترفت فأمر النبى عليه الصلاة والسلام بها فرجمت ومن خصص المرأة من هذا العموم فانما خصصه بالقياس لأنه رأى أن المرأة تعرض بالغربة لأكثر من الزنا وهذا من القياس المرسل أعنى المصلحى الذى

كثيرا ما يقول به مالك وأما عمدة الحنفية فظاهر الكتاب وهو مبنى على رأيهم أن الزيادة على النص نسخ وانه ليس ينسخ الكتاب باخبار الآحاد ورووا عن عمر وغيره انه حد ولم يغرب وروى الكوفيون عن أبى بكر وعمر انهم غربوا وأما حكم العبيد فى هذه الفاحشة فان العبيد صنفان ذكور واناث أما الاناث فان العلماء أجمعوا على أن الامة اذا تزوجت وزنت ان حدها خمسون جلدة لقوله تعالى (فاذا أحصن فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) واختلفوا اذا لم تتزوج فقال جمهور فقهاء الأمصار حدها خمسون جلدة وقالت طائفة لا حد عليها وانما عليها تعزير فقط وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وقال قوم لا حد على الامة أصلا والسبب فى اختلافهم الاشتراك الذى فى اسم الاحصان فى قوله تعالى (فاذا أحصن) فمن فهم من الاحصان التزوج وقال بدليل الخطاب قال لا تجلد الغير المتزوجة ومن فهم من الاحصان الاسلام جعله عاما فى المتزوجة وغيرها واحتج من لم ير على غير المتزوجة حدا بحديث أبى هريرة وزيد بن خالد الجهنى أن النبى عليه السلام سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن فقال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير وأما الذكر من العبيد ففقهاء الامصار على أن حد العبد نصف حد الحر قياسا على الأمة وقال أهل الظاهر بل حده مائة جلدة مصيرا الى عموم قوله تعالى (فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) ولم يخصص حرا من عبد ومن الناس من درأ الحد عنه قياسا على الامة وهو شاذ وروى عن ابن عباس فهذا هو القول فى أصناف الحدود وأصناف المحدودين والشرائط الموجبة للحد فى واحد واحد منهم ويتعلق بهذا القول فى كيفية الحدود فى وقتها فأما كيفيتها فمن مشهور المسائل الواقعة فى هذا الجنس اختلافهم فى الحفر للمرجوم فقالت طائفة يحفر له وروى ذلك عن على فى شراحة الهمدانية حين أمر برجمها وبه قال أبو ثور وفيه فلما كان يوم الجمعة أخرجها فحفر لها حفيرة فأدخلت فيها وأحدق الناس بها يرمونها فقال ليس هكذا الرجم انى أخاف أن يصيب بعضكم بعضا ولكن صفوا كما تصفون فى الصلاة ثم قال الرجم رجمان رجم سر ورجم علانية فما كان منه باقرار فأول من يرجم الامام ثم الناس وما كان ببينة فأول من يرجم البينة ثم الامام ثم الناس وقال مالك

وأبو حنيفة لا يحفر للمرجوم وخير فى ذلك الشافعى وقيل عنه يحفر للمرأة فقط وعمدتهم ما خرج البخارى ومسلم من حديث جابر قال جابر فرجمناه بالمصلى فلما أذلقته الحجارة فر فادركناه بالحرة فرضخناه وقد روى مسلم انه حفر له فى اليوم الرابع حفرة و بالجملة فالأحاديث فى ذلك مختلفة قال أحمد أكثر الاحاديث على أن لا حفر وقال مالك يضرب فى الحدود الظهر وما يقاربه وقال أبو حنيفة والشافعى يضرب سائر الاعضاء و يتقى الفرج والوجه وزاد أبو حنيفة الرأس ويجرد الرجل عند مالك فى ضرب الحدود كلها وعند الشافعى وأبى حنيفة ماعدا القذف على ماسيأتى بعد ويضرب عند الجمهور قاعدا ولا يقام قائما خلافا لمن قال انه يقام لظاهر الآية و يستحب عند الجميع أن يحضر الامام عند اقامة الحدود طائفة من الناس لقوله تعالى (وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) واختلفوا فيما يدل عليه اسم الطائفة فقال مالك أربعة وقيل ثلاثة وقيل اثنان وقيل سبعة وقيل مافوقها وأما الوقت فان الجمهور على أنه لا يقام فى الحر الشديد ولا فى البرد ولا يقام على المريض وقال قوم يقام و به قال أحمد واسحق واحتجا بحديث عمر انه أقام الحد على قدامة وهو مريض وسبب الخلاف معارضة الظواهر للمفهوم من الحد وهو أن يقام حيث لا يغلب على ظن المقيم له فوات نفس المحدود فمن نظر الى الامر باقامة الحدود مطلقا من غير استثناء قال يحد المريض ومن نظر الى المفهوم من الحد قال لا يحد المريض حتى يبرأ وكذلك الامر فى شدة الحر والبرد

(الباب الثالث وهو معرفة ماتثبت به هذه الفاحشة)

وأجمع العلماء على أن الزنا يثبت بالاقرار و بالشهادة واختلفوا فى ثبوته بظهور الحمل فى النساء الغير المزوجات اذا ادعين الاستكراه وكذلك اختلفوا فى شروط الاقرار وشروط الشهادة فأما الاقرار فانهم اختلفوا فيه فى موضعين أحدهما عدد مرات الاقرار الذى يلزم به الحد والموضع الثانى هل من شرطه أن لا يرجع عن الاقرار حتى يقام عليه الحد أما عدد الاقرار الذى يجب به الحد فان مالكا والشافعى يقولان يكفى فى وجوب الحد عليه اعترافه به مرة واحدة و به قال داود وأبو ثور والطبرى وجماعة وقال أبو حنيفة وأصحابه وابن أبى ليلى لا يجب الحد الا باقرار أربعة مرة بعد مرة

وبه قال أحمد واسحق وزاد أبو حنيفة وأصحابه فى مجالس متفرقة وعمدة مالك والشافعى ما جاء فى حديث أبى هريرة وزيد بن خالد من قوله عليه الصلاة والسلام اغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فاعترفت فرجمها ولم يذكر عددا وعمدة الكوفيين ما ورد من حديث سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبى عليه السلام أنه رد ماعزا حتى أقر أربع مرات ثم أمر برجمه وفى غيره من الاحاديث قالوا وما ورد فى بعض الروايات انه أقر مرة ومرتين وثلاثا تقصير ومن قصر فليس بحجة على من حفظ

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهى من اعترف بالزنا ثم رجع فقال جمهور العلماء يقبل رجوعه الا ابن أبى ليلى وعثمان البتى وفصل مالك فقال ان رجع الى شبهة قبل رجوعه وأما ان رجع الى غير شبهة فعنه فى ذلك روايتان احداهما يقبل وهى الرواية المشهورة والثانية لا يقبل رجوعه وانما صار الجمهور الى تأثير الرجوع فى الاقرار لما ثبت من تقريره صلى الله عليه وسلم ماعزا وغيره مرة بعد مرة لعله يرجع ولذلك لا يجب على من أوجب سقوط الحد بالرجوع أن يكون التمادى على الاقرار شرطا من شروط الحد وقد روى من طريق ان ماعزا لما رجم ومسته الحجارة هرب فاتبعوه فقال لهم ردونى الى رسول الله عليه الصلاة والسلام فقتلوه رجما وذكروا ذلك للنبى عليه الصلاة والسلام فقال هلا تركتموه لعله يتوب فيتوب الله عليه ومن هنا تعلق الشافعى بأن التوبة تسقط الحدود والجمهور على خلافه وعلى هذا يكون عدم التوبة شرطا ثالثا فى وجوب الحد وأما ثبوت الزنا بالشهود فان العلماء اتفقوا على أنه يثبت الزنا بالشهود وان العدد المشترط فى الشهود أربعة بخلاف سائر الحقوق لقوله تعالى (ثم لم يأتوا بأربعة شهداء) وان من صفتهم أن يكونوا عدولا وان من شرط هذه الشهادة أن تكون بمعاينة فرجه فى فرجها وأنها تكون بالتصريح لا بالكناية وجمهورهم على ان من شرط هذه الشهادة أن لا تختلف لا فى زمان ولا فى مكان الا ما حكى عن أبى حنيفة من مسئلة الزوايا المشهورة وهو أن يشهد كل واحد من الأربعة انه رآها فى ركن من البيت يطؤها غير الركن الذى رآه فيه الآخر وسبب الخلاف هل تلفق الشهادة المختلفة بالمكان أم لا تلفق كالشهادة المختلفة بالزمان

فانهم أجمعوا على انها لا تلفق والمكان أشبه شئ بالزمان والظاهر من الشرع قصده الى التوثق فى ثبوت هذا الحد أكثر منه فى سائر الحدود وأما اختلافهم فى اقامة الحدود بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه فان طائفة أوجبت فيه الحد على ماذكره مالك فى الموطأ من حديث عمر وبه قال مالك الا أن تكون جاءت بامارة على استكراهها مثل أن تكون بكرا فتأتى وهى تدمى أو تفضح نفسها بأثر الاستكراه وكذلك عنده الأمر اذا ادعت الزوجية الا أن تقيم البينة على ذلك ماعدا الطارئة فان ابن القاسم قال اذا ادعت الزوجية وكانت طارئة قبل قولها وقال أبو حنيفة والشافعى لا يقام عليها الحد بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه وكذلك مع دعوى الزوجية وان لم تأت فى دعوى الاستكراه بامارة ولا فى دعوى الزوجية ببينة لانها بمنزلة من أقر ثم ادعى الاستكراه ومن الحجة لهم ماجاء فى حديث شراحة أن عليا رضى الله عنه قال لها استكرهت قالت لا قال فلعل رجلا أتاك فى نومك قالوا وروى الاثبات عن عمر أنه قبل قول امرأة ادعت أنها ثقيلة النوم وأن رجلا طرقها فمضى عنها ولم تدر من هو بعد ولا خلاف بين أهل الاسلام ان المستكرهة لا حد عليها وانما اختلفوا فى وجوب الصداق لها وسبب الخلاف هل الصداق عوض عن البضع أوهو نحلة فمن قال عوض عن البضع أوجبه فى البضع فى الحلية والحرمية ومن قال انه نحلة خص الله به الأزواج لم يوجبه وهذا الأصل كاف فى هذا الكتاب والله الموفق للصواب

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

(كتاب القذف)

والنظر فى هذا الكتاب فى القذف والقاذف والمقذوف وفى العقوبة الواجبة فيه وبماذا تثبت والأصل فى هذا الكتاب قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء) الآية فأما القاذف فانهم اتفقوا على ان من شرطه وصفين وهما البلوغ والعقل وسواء كان ذكرا أو أنثى حرا أو عبدا مسلما أو غير مسلم وأما المقذوف فاتفقوا على أن من شرطه أن يجتمع فيه خمسة أوصاف وهى البلوغ والحرية والعفاف والاسلام وأن يكون معه آلة الزنا فان انخرم من هذه الاوصاف وصف لم يجب الحد

والجمهور بالجملة على اشتراط الحرية فى المقذوف ويحتمل أن يدخل فى ذلك خلاف
ومالك يعتبر فى سن المرأة أن تطيق الوطء وأما القذف الذى يجب به الحد فاتفقوا
على وجهين أحدهما أن يرمى القاذف المقذوف بالزنا والثانى أن ينفيه عن نسبه
اذا كانت أمه حرة مسلمة واختلفوا ان كانت كافرة أو أمة فقال مالك سواء
كانت حرة أو أمة أو مسلمة أو كافرة يجب الحد وقال ابراهيم النخعى لا حد عليه اذا
كانت أم المقذوف أمة أو كتابية وهو قياس قول الشافعى وأبى حنيفة واتفقوا أن
القذف اذا كان بهذين المعنيين انه اذا كان بلفظ صريح وجب الحد واختلفوا ان
كان بتعريض فقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وابن أبى ليلى لا حد فى التعريض
الا ان أبا حنيفة والشافعى يريان فيه التعزير وممن قال بقولهم من الصحابة ابن مسعود
وقال مالك وأصحابه فى التعريض الحد وهى مسئلة وقعت فى زمان عمر فشاور عمر فيها
الصحابة فاختلفوا فيها عليه فرأى عمر فيها الحد وعمدة مالك أن الكناية قد تقوم
بعرف العادة والاستعمال مقام النص الصريح وان كان اللفظ فيها مستعملا فى غير
موضعه أعنى مقولا بالاستعارة وعمدة الجمهور ان الاحتمال الذى فى الاسم المستعار
شبهة والحدود تدرأ بالشبهات والحق ان الكناية قد تقوم فى مواضع مقام النص وقد
تضعف فى مواضع وذلك انه اذا لم يكثر الاستعمال لها والذى يندرئ به الحد عن
القاذف أن يثبت زنا المقذوف بأربعة شهود باجماع والشهود عند مالك اذا كانوا
أقل من أربعة قذفة وعند غيره ليسوا بقذفة وانما اختلف المذهب فى الشهود الذين
يشهدون على شهود الاصل والسبب فى اختلافهم هل يشترط فى نقل شهادة
كل واحد منهم عدد شهود الاصل أم يكفى فى ذلك اثنان على الاصل المعتبر فيما
سوى القذف إذ كانوا ممن لا يستقل بهم نقل الشهادة من قبل العدد وأما الحد
فالنظر فيه فى جنسه وتوقيته ومسقطه أما جنسه فانهم اتفقوا على أنه ثمانون
جلدة للقاذف الحر لقوله تعالى (ثمانين جلدة) واختلفوا فى العبد يقذف
الحركم حده فقال الجمهور من فقهاء الامصار حده نصف حد الحر وذلك
أربعون جلدة وروى ذلك عن الخلفاء الاربعة وعن ابن عباس وقالت
طائفة حده حد الحر وبه قال ابن مسعود من الصحابة وعمر بن عبد العزيز
وجماعة من فقهاء الامصار أبو ثور والاوزاعى وداود وأصحابه من أهل الظاهر

فعمدة الجمهور قياس حده فى القذف على حده فى الزنا وأما أهل الظاهر فتمسكوا فى ذلك بالعموم ولما أجمعوا أيضا ان حد الكتابى ثمانون فكان العبد أحرى بذلك وأما التوقيت فانهم اتفقوا على أنه اذا قذف شخصا واحدا مرارا كثيرة فعليه حد واحد اذا لم يحد لواحد منها وانه ان قذفه فحد ثم قذفه ثانية حد حدا ثانيا واختلفوا اذا قذف جماعة فقالت طائفة ليس عليه الا حد واحد جمعهم فى القذف أو فرقهم وبه قال مالك وأبو حنيفة والثورى وأحمد وجماعة وقال قوم بل عليه لكل واحد حد وبه قال الشافعى والليث وجماعة حتى روى عن الحسن بن حى أنه قال ان قال انسان من دخل هذه الدار فهو زان جلد الحد لكل من دخلها وقالت طائفة ان جمعهم فى كلمة واحدة مثل أن يقول لهم يازناة فحد واحد وان قال لكل واحد منهم يازانى فعليه لكل انسان منهم حد فعمدة من لم يوجب على قاذف الجماعة الا حدا واحدا حديث أنس وغيره ان هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سمحاق فرفع ذلك الى النبى عليه الصلاة والسلام فلاعن بينهما ولم يحده لشريك وذلك اجماع من أهل العلم فيمن قذف زوجته برجل وعمدة من رأى ان الحد لكل واحد منهم انه حق للآدميين وانه لو عفا بعضهم ولم يعف الكل لم يسقط الحد وأما من فرق بين قذفهم فى كلمة واحدة أو كلمات أو فى مجلس واحد أو فى مجالس فلانه رأى انه واجب أن يتعدد الحد بتعدد القذف لأنه اذا اجتمع تعدد المقذوف وتعدد القذف كان أوجب أن يتعدد الحد وأما سقوطه فانهم اختلفوا فى سقوطه بعفو القاذف فقال أبو حنيفة والثورى والاوزاعى لا يصح العفو أى لا يسقط الحد وقال الشافعى يصح العفو أى يسقط الحد بلغ الامام أو لم يبلغ وقال قوم ان بلغ الامام لم يجز العفو وان لم يبلغه جاز العفو واختلف قول مالك فى ذلك فمرة قال بقول الشافعى ومرة قال يجوز اذا لم يبلغ الامام وان بلغ لم يجز الا أن يريد بذلك المقذوف الستر على نفسه وهو المشهور عنه والسبب فى اختلافهم هل هو حق لله أو حق للآدميين أو حق لكليهما فمن قال حق لله لم يجز العفو كالزنا ومن قال حق للآدميين أجاز العفو ومن قال لكليهما وغلب حق الامام اذا وصل اليه قال بالفرق بين أن يصل الامام أو لا يصل وقياسا على الأثر الوارد فى السرقة وعمدة من رأى أنه حق للآدميين وهو الاظهر أن المقذوف اذا

صدقه فيما قذفه به سقط عنه الحد وأما من يقيم الحد فلا خلاف أن الامام يقيمه في القذف واتفقوا على أنه يجب على القاذف مع الحد سقوط شهادته مالم يتب واختلفوا اذا تاب فقال مالك تجوز شهادته و به قال الشافعي وقال أبو حنيفة لاتجوز شهادته أبدا والسبب في اختلافهم هل الاستثناء يعود الى الجملة المتقدمة أو يعود الى أقرب مذكور وذلك في قوله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا) فمن قال يعود الى أقرب مذكور قال التوبة ترفع الفسق ولا تقبل شهادته ومن رأى ان الاستثناء يتناول الأمرين جميعا قال التوبة ترفع الفسق ورد الشهادة وكون ارتفاع الفسق مع رد الشهادة أمر غير مناسب في الشرع أي خارج عن الاصول لأن الفسق متى ارتفع قبلت الشهادة واتفقوا على أن التوبة لا ترفع الحد (وأما بماذا يثبت) فانهم اتفقوا على أنه يثبت بشاهدين عدلين حرين ذكرين واختلف في مذهب مالك هل يثبت بشاهد و يمين و بشهادة النساء وهل تلزم في الدعوى فيه يمين وان نكل فهل يحد بالنكول و يمين المدعي فهذه هي أصول هذا الباب التي تبنى عليه فروعه قال القاضي وان أنسأ الله في العمر فسنضع كتابا في الفروع على مذهب مالك بن أنس مرتبا ترتيبا صناعيا اذ كان المذهب المعمول به في هذه الجزيرة التي هي جزيرة الأندلس حتى يكون به القارئ مجتهدا في مذهب مالك لأن احصاء جميع الروايات عندي شيء ينقطع العمر دونه

(باب في شرب الخمر)

والكلام في هذه الجناية في الموجب والواجب و بماذا تثبت هذه الجناية فاما الموجب فاتفقوا على انه شرب الخمر دون اكراه قليلها وكثيرها واختلفوا في المسكرات من غيرها فقال أهل الحجاز حكمها حكم الخمر في تحريمها وايجاب الحد على من شربها قليلا كان أو كثيرا اسكر أو لم يسكر وقال أهل العراق المحرم منها هو السكر وهو الذي يوجب الحد وقد ذكرنا عمدة أدلة الفريقين في كتاب الأطعمة والأشربة وأما الواجب فهو الحد والتفسيق الا أن تكون التوبة والتفسيق في شارب الخمر باتفاق وان لم يبلغ حد السكر وفيمن بلغ حد السكر فيما سوى الخمر واختلف الذين رأوا تحريم قليل الانبذة في وجوب الحد وأكثر هؤلاء على وجوبه الا انهم اختلفوا

فى مقدار الحد الواجب فقال الجمهور الحد فى ذلك ثمانون وقال الشافعى وأبو ثور وداود الحد فى ذلك أربعون هذا فى حد الحر وأما حد العبد فاختلفوا فيه فقال الجمهور هو على النصف من حد الحر وقال أهل الظاهر حد الحر والعبد سواء وهو أربعون وعند الشافعى عشرون وعند من قال ثمانون أربعون فعمدة الجمهور تشاور عمر والصحابة لما كثر فى زمانه شرب الخمر واشارة على عليه بان يجعل الحد ثمانين قياسا على حد الفرية فانه كما قيل عنه رضى الله عنه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وعمدة الفريق الثانى أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يحد فى ذلك حدا وانما كان يضرب فيها بين يديه بالنعال ضربا غير محدود وان أبا بكر رضى الله عنه شاور أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كم بلغ ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم لشراب الخمر فقدروه بأربعين وروى عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب فى الخمر بنعلين أربعين فجعل عمر مكان كل نعل سوطا وروى من طريق آخر عن أبى سعيد الخدرى ما هو أثبت من هذا وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب فى الخمر أربعين وروى هذا عن على عن النبى عليه السلام من طريق أثبت وبه قال الشافعى وأما من يقيم هذا الحد فاتفقوا على أن الامام يقيمه وكذلك الامر فى سائر الحدود واختلفوا فى اقامة السادات الحدود على عبيدهم فقال مالك يقيم السيد على عبده حد الزنا وحد القذف اذا شهد عنده الشهود ولا يفعل ذلك بعلم نفسه ولا يقطع فى السرقة الا الامام وبه قال الليث وقال أبو حنيفة لا يقيم الحدود على العبيد الا الامام وقال الشافعى يقيم السيد على عبده جميع الحدود وهو قول أحمد واسحق وأبى ثور فعمدة مالك الحديث المشهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن فقال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير وقوله عليه السلام اذا زنت أمة أحدكم فليجلدها وأما الشافعى فاعتمد مع هذه الاحاديث ما روى عنه صلى الله عليه وسلم من حديث على انه قال أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم ولانه أيضا مروى عن جماعة من الصحابة ولا مخالف لهم منهم ابن عمر وابن مسعود وأنس وعمدة أبى حنيفة الاجماع على ان الاصل فى اقامة الحدود هو السلطان وروى عن

الحسن وعمر بن عبد العزيز وغيرهم انهم قالوا الجمعة والزكاة والفيء والحكم الى السلطان

﴿ فصل ﴾ وأما بماذا يثبت هذا الحد فاتفق العلماء على انه يثبت بالاقرار وبشهادة عدلين واختلفوا فى ثبوته بالرائحة فقال مالك وأصحابه وجمهور أهل الحجاز يجب الحد بالرائحة اذا شهد بها عند الحاكم شاهدان عدلان وخالفه فى ذلك الشافعى وأبو حنيفة وجمهور أهل العراق وطائفة من أهل الحجاز وجمهور علماء البصرة فقالوا لا يثبت الحد بالرائحة فعمدة من أجاز الشهادة على الرائحة تشبيهها بالشهادة على الصوت والخط وعمدة من لم يثبتها اشتباه الروائح والحد يدرأ بالشبهة

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب السرقة ﴾

والنظر فى هذا الكتاب فى حد السرقة وفى شروط المسروق الذى يجب به الحد وفى صفات السارق الذى يجب عليه الحد وفى العقوبة وفيما تثبت به هذه الجناية فأما السرقة فهى أخذ مال الغير مستترا من غير أن يؤتمن عليه وانما قلنا هذا لانهم أجمعوا انه ليس فى الخيانة ولا فى الاختلاس قطع الا اياس بن معاوية فانه أوجب فى الخلسة القطع وذلك مروى عن النبى عليه السلام وأوجب أيضا قوم القطع على من استعار حليا أو متاعا ثم جحده لمكان حديث المرأة المخزومية المشهور انها كانت تستعير الحلى وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطعها لموضع جحودها وبه قال أحمد واسحق والحديث حديث عائشة قالت كانت امرأة مخزومية تستعير المتاع وتجحده فأمر النبى عليه السلام بقطع يدها فأتى أسامة أهلها فكلموه فكلم أسامة النبى عليه السلام فقال النبى عليه السلام يا أسامة لا أراك تتكلم فى حد من حدود الله ثم قام النبى عليه السلام خطيبا فقال انما أهلك من كان قبلكم انه اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه والذى نفسى بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعتها ورد الجمهور هذا الحديث لانه مخالف للاصول وذلك ان المعار مأمون وانه لم يأخذ بغير اذن فضلا أن يأخذ من حرز قالوا وفى الحديث حذف وهو انها سرقت مع انها جحدت ويدل على ذلك قوله عليه السلام انما أهلك من كان قبلكم

انه اذا سرق فيهم الشريف تركوه قالوا وروى هذا الحديث الليث بن سعد عن الزهري باسناده فقال فيه ان المخزومية سرقت قالوا وهذا يدل على انها فعلت الامرين جميعا الجحد والسرقة وكذلك أجمعوا على انه ليس على الغاصب ولا على المكابر المغالب قطع الا أن يكون قاطع طريق شاهرا للسلاح على المسلمين مخيفا للسبيل فحكمه حكم المحارب على ماسيأتى فى حد المحارب وأما السارق الذى يجب عليه حد السرقة فانهم اتفقوا على ان من شرطه أن يكون مكلفا وسواء كان حرا أو عبدا ذكرا أو أنثى أو مسلما أو ذميا الا ماروى فى الصدر الأول من الخلاف فى قطع يد العبد الآبق اذا سرق وروى ذلك عن ابن عباس وعثمان ومروان وعمر بن عبد العزيز ولم يختلف فيه بعد العصر المتقدم فمن رأى ان الاجماع ينعقد بعد وجود الخلاف فى العصر المتقدم كانت المسئلة عنده قطعية ومن لم ير ذلك تمسك بعموم الامر بالقطع ولا حجة لمن لم ير القطع على العبد الآبق الا تشبيهه سقوط الحد عنه بسقوط شطره أعنى الحدود التى تتشطر فى حق العبيد وهو تشبيه ضعيف وأما المسروق فان له شرائط مختلفا فيها فمن أشهرها اشتراط النصاب وذلك ان الجمهور على اشتراطه الا ماروى عن الحسن البصرى انه قال القطع فى قليل المسروق وكثيره لعموم قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) الآية وربما احتجوا بحديث أبى هريرة خرجه البخارى ومسلم عن النبى عليه السلام انه قال لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده و يسرق الحبل فتقطع يده و به قالت الخوارج وطائفة من المتكلمين والذين قالوا باشتراط النصاب فى وجوب القطع وهم الجمهور اختلفوا فى قدره اختلافا كثيرا الا ان الاختلاف المشهور من ذلك الذى يستند الى أدلة ثابتة وهو قولان أحدهما قول فقهاء الحجاز مالك والشافعى وغيرهم والثانى قول فقهاء العراق أما فقهاء الحجاز فأوجبوا القطع فى ثلاثة دراهم من الفضة وربع دينار من الذهب واختلفوا فيما تقوم به سائر الاشياء المسروقة مما عدا الذهب والفضة فقال مالك فى المشهور تقوم بالدراهم لا بالربع دينار أعنى اذا اختلفت الثلاثة دراهم مع الربع دينار لاختلاف الصرف مثل أن يكون الربع دينار فى وقت درهمين ونصفا وقال الشافعى الاصل فى تقويم الاشياء هو الربع دينار وهو الاصل أيضا للدراهم فلا يقطع عنده فى الثلاثة

دراهم الا أن تساوى ربع دينار وأما مالك فالدنانير والدراهم عنده كل واحد منهما معتبر بنفسه وقد روى بعض البغداديين عنه انه ينظر فى تقويم العروض الى الغالب فى نقود أهل ذلك البلد فان كان الغالب الدراهم قومت بالدراهم وان كان الغالب الدنانير قومت بالربع دينار وأظن ان فى المذهب من يقول ان الربع دينار يقوم بالثلاثة دراهم وبقول الشافعى فى التقويم قال أبو ثور والاوزاعى وداود وبقول مالك المشهور قال أحمد أعنى بالتقويم بالدراهم وأما فقهاء العراق فالنصاب الذى يجب القطع فيه هو عندهم عشرة دراهم لا يجب فى أقل منه وقد قال جماعة منهم ابن أبى ليلى وابن شبرمة لا تقطع اليد فى أقل من خمسة دراهم وقد قيل فى أربعة دراهم وقال عثمان البتى فى درهمين فعمدة فقهاء الحجاز ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر ان النبى عليه الصلاة والسلام قطع فى مجن قيمته ثلاثة دراهم وحديث عائشة أوقفه مالك وأسنده البخارى ومسلم الى النبى عليه الصلاة والسلام انه قال تقطع اليد فى ربع دينار فصاعدا وأما عمدة فقهاء العراق فحديث ابن عمر المذكور قالوا ولكن قيمة المجن هو عشرة دراهم وروى ذلك فى أحاديث قالوا وقد خالف ابن عمر فى قيمة المجن من الصحابة كثير ممن رأى القطع فى المجن كابن عباس وغيره وقد روى محمد بن اسحق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقطع يد السارق فيما دون ثمن المجن قال وكان ثمن المجن على عهد النبى عليه الصلاة والسلام عشرة دراهم وروى ذلك محمد بن اسحق عن أيوب بن موسى عن عطاء عن ابن عباس قال كان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم قالوا واذا وجد الخلاف فى ثمن المجن وجب أن لا تقطع اليد الا بيقين وهذا الذى قالوه هو كلام حسن لولا حديث عائشة وهو الذى اعتمده الشافعى فى هذه المسئلة وجعل الاصل هو الربع دينار وأما مالك فاعتضد عنده حديث ابن عمر بحديث عثمان الذى رواه وهو انه قطع فى أترجة قومت بثلاثة دراهم والشافعى يعتذر عن حديث عثمان من قبل ان الصرف كان عندهم فى ذلك الوقت اثناعشر درهما (١) والقطع فى ثلاثة دراهم أحفظ للاموال والقطع فى عشرة دراهم أدخل فى باب التجاوز والصفح عن يسير المال

(١) هكذا هذه العبارة بجميع الاصول ولينظر ما معناها اه مصححه

وشرف العضو والجمع بين حديث ابن عمر وحديث عائشة وفعل عثمان ممكن على مذهب الشافعي وغير ممكن على مذهب غيره فان كان الجمع أولى من الترجيح فمذهب الشافعي أولى المذاهب فهذا هو أحد الشروط المشترطة فى القطع واختلفوا من هذا الباب فى فرع مشهور وهو اذا سرقت الجماعة ما يجب فيه القطع أعنى نصابا دون أن يكون حظ كل واحد منهم نصابا وذلك بأن يخرجوا النصاب من الحرز معا مثل أن يكون عدلا أو صندوقا يساوى النصاب فقال مالك يقطعون جميعا و به قال الشافعي وأحمد وأبو ثور وقال أبو حنيفة لا قطع عليهم حتى يكون ما أخذه كل واحد منهم نصابا فمن قطع الجميع رأى العقوبة انما تتعلق بقدر مال المسروق أى ان هذا القدر من المال المسروق هو الذى يوجب القطع لحفظ المال ومن رأى ان القطع انما علق بهذا القدر لا بما دونه لمكان حرمة اليد قال لا تقطع أيد كثيرة فيما أوجب الشرع فيه قطع يد واحدة واختلفوا متى يقدر المسروق فقال مالك يوم السرقة وقال أبو حنيفة يوم الحكم عليه بالقطع * وأما الشرط الثانى فى وجوب هذا الحد فهو الحرز وذلك أن جميع فقهاء الامصار الذين تدور عليهم الفتوى وأصحابهم متفقون على اشتراط الحرز فى وجوب القطع وان كان قد اختلفوا فيما هو حرز مما ليس بحرز والاشبه أن يقال فى حد الحرز انه ما شأنه أن تحفظ به الاموال كى يعسر أخذها مثل الاغلاق والحظائر وما أشبه ذلك وفى الفعل الذى اذا فعله السارق اتصف بالاخراج من الحرز على ما سنذكره بعد وممن ذهب الى هذا مالك وأبو حنيفة والشافعي والثورى وأصحابهم وقال أهل الظاهر وطائفة من أهل الحديث القطع على من سرق النصاب وان سرقه من غير حرز فعمدة الجمهور حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا قطع فى ثمر معلق ولا فى حريسة جبل فاذا أواه المراح أو الجرين فلا قطع فيما بلغ ثمن المجن ومرسل مالك أيضا عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبى حسين المكى بمعنى حديث عمرو بن شعيب وعمدة أهل الظاهر عموم قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) الآية قالوا فوجب أن تحمل الآية على عمومها الا ما خصصته السنة الثابتة من ذلك وقد خصصت السنة الثابتة المقدار الذى يقطع فيه من الذى لا يقطع فيه وردوا حديث عمرو ابن شعيب لموضع الاختلاف الواقع فى أحاديث عمرو بن شعيب وقال أبو عمر بن عبد

البر أحاديث عمرو بن شعيب العمل بها واجب اذا رواها الثقات وأما الحرز عند الذين أوجبوه فانهم اتفقوا منه على أشياء واختلفوا فى أشياء مثل اتفاقهم على أن باب البيت وغلقه حرز واختلافهم فى الاوعية ومثل اتفاقهم على ان من سرق من بيت دار غير مشتركة السكنى انه لا يقطع حتى يخرج من الدار واختلافهم فى الدار المشتركة فقال مالك وكثير ممن اشترط الحرز تقطع يده اذا أخرج من البيت وقال أبو يوسف ومحمد لا قطع عليه الا اذا أخرج من الدار ومنها اختلافهم فى القبر هل هو حرز حتى يجب القطع على النباش أو ليس بحرز فقال مالك والشافعى وأحمد وجماعة هو حرز وعلى النباش القطع وبه قال عمر بن عبد العزيز وقال أبو حنيفة لا قطع عليه وكذلك قال سفيان الثورى وروى ذلك عن زيد بن ثابت والحرز عند مالك بالجملة هو كل شئ جرت العادة بحفظ ذلك الشئ المسروق فيه فمرابط الدواب عنده احراز وكذلك الاوعية وما على الانسان من اللباس فالانسان حرز لكل ما عليه أو هو عنده واذا توسد النائم شيأ فهو له حرز على ما جاء فى حديث صفوان بن أمية وسيأتى بعد وما أخذه من المنتبه فهو اختلاس ولا يقطع عند مالك سارق ما كان على الصبى من الحلى أو غيره الا أن يكون معه حافظ يحفظه ومن سرق من الكعبة شيأ لم يقطع عنده وكذلك من المساجد وقد قيل فى المذهب انه ان سرق منها ليلا قطع وفروع هذا الباب كثيرة فيما هو حرز وما ليس بحرز واتفق القائلون بالحرز على ان كل من سمى مخرجا للشئ من حرزه وجب عليه القطع وسواء كان داخل الحرز أو خارجه واذا ترددت التسمية وقع الخلاف مثل اختلاف المذهب اذا كان سارقان أحدهما داخل البيت والآخر خارجه فقرب أحدهما المتاع المسروق الى ثقب فى البيت فتناوله الآخر فقيل القطع على الخارج المتناول له وقيل لا قطع على واحد منهما وقيل القطع على المقرب للمتاع من الثقب والخلاف فى هذا كله آيل الى انطلاق اسم المخرج من الحرز عليه أو لا انطلاقه فهذا هو القول فى الحرز واشتراطه فى وجوب القطع ومن رمى بالمسروق من الحرز ثم أخذه خارج الحرز قطع وقد توقف مالك فيه اذا أخذ بعد رميه وقبل أن يخرج وقال ابن القاسم يقطع.

﴿فصل﴾ وأما جنس المسروق فان العلماء اتفقوا على ان كل متملك غير ناطق يجوز

بيعه وأخذ العوض منه فانه يجب فى سرقته القطع ماعدا الاشياء الرطبة المأكولة والاشياء التى أصلها مباحة فانهم اختلفوا فى ذلك فذهب الجمهور الى أن القطع فى كل متمول يجوز بيعه وأخذ العوض فيه وقال أبو حنيفة لاقطع فى الطعام ولا فيما أصله مباح كالصيد والحطب والحشيش فعمدة الجمهور عموم الآية الموجبة للقطع وعموم الآثار الواردة فى اشتراط النصاب وعمدة أبى حنيفة فى منعه القطع فى الطعام الرطب قوله عليه الصلاة السلام لاقطع فى ثمر ولا كثر وذلك ان هذا الحديث روى هكذا مطلقا من غير زيادة وعمدته أيضا فى منع القطع فيما أصله مباح الشبهة التى فيه لكل مالك وذلك انهم اتفقوا على ان من شرط المسروق الذى يجب فيه القطع ان لا يكون للسارق فيه شبهة ملك واختلفوا فيما هو شبهة تدرأ الحد مما ليس بشبهة وهذا هو أيضا أحد الشروط المشترطة فى المسروق هو فى ثلاثة مواضع فى جنسه وقدره وشروطه وستأتى هذه المسئلة فيما بعد واختلفوا من هذا الباب أعنى من النظر فى جنس المسروق فى المصحف فقال مالك والشافعى يقطع سارقه وقال أبو حنيفة لا يقطع ولعل هذا من أبى حنيفة بناء على انه لايجوز بيعه أو ان لكل أحد فيه حقا اذ ليس بمال واختلفوا من هذا الباب فيمن سرق صغيرا مملوكا أعجميا ممن لا يفقه ولا يعقل الكلام فقال الجمهور يقطع وأما ان كان كبيرا يفقه فقال مالك يقطع وقال أبو حنيفة لا يقطع واختلفوا فى الحر الصغير فعند مالك ان سارقه يقطع ولا يقطع عند أبى حنيفة وهو قول ابن الماجشون من أصحاب مالك واتفقوا كما قلنا ان شبهة الملك القوية تدرأ هذا الحد واختلفوا فيما هو شبهة يدرأ من ذلك مما لا يدرأ فمنها العبد يسرق مال سيده فان الجمهور من العلماء على انه لا يقطع وقال أبو ثور يقطع ولم يشترط شرطا وقال أهل الظاهر يقطع الا ان يأتمنه سيده واشترط مالك فى الخادم الذى يجب ان يدرأ عنه الحد ان يكون يلى الخدمة لسيده بنفسه والشافعى مرة اشترط هذا ومرة لم يشترطه ويدرء الحد قال عمر رضى الله عنه وابن مسعود ولا مخالف لهما من الصحابة ومنها أحد الزوجين يسرق من مال الآخر فقال مالك اذا كان كل واحد ينفرد ببيت فيه متاعه فالقطع على من سرق من مال صاحبه وقال الشافعى الاحتياط أن لاقطع على أحد الزوجين لشبهة الاختلاط وشبهة المال وقد روى عنه مثل قول مالك واختاره المزنى ومنها

القرابات فمذهب مالك فيها أن لا يقطع الاب فيما سرق من مال الابن فقط لقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك ويقطع ماسواهم من القرابات وقال الشافعى لا يقطع عمود النسب الأعلى والأسفل يعنى الأب والأجداد والأبناء وأبناء الابناء وقال أبو حنيفة لا يقطع ذو الرحم المحرمة وقال أبو ثور تقطع يد كل من سرق الاماخصصه الاجماع ومنها اختلافهم فيمن سرق من المغنم أو من بيت المال فقال مالك يقطع وقال عبد الملك من أصحابه لا يقطع فهذا هو القول فى الاشياء التى يجب بها مايجب فى هذه الجناية

(القول فى الواجب)

وأما الواجب فى هذه الجناية اذا وجدت بالصفات التى ذكرنا أعنى الموجودة فى السارق وفى الشئ المسروق وفى صفة السرقة فانهم اتفقوا على ان الواجب فيه القطع من حيث هى جناية والغرم اذا لم يجب القطع واختلفوا هل يجمع الغرم مع القطع فقال قوم عليه الغرم مع القطع وبه قال الشافعى وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة وقال قوم ليس عليه غرم اذا لم يجد المسروق منه متاعه بعينه وممن قال بهذا القول أبو حنيفة والثورى وابن أبى ليلى وجماعة وفرق مالك وأصحابه فقال ان كان موسرا اتبع السارق بقيمة المسروق وان كان معسرا لم يتبع به اذا أثرى واشترط مالك دوام اليسر الى يوم القطع فيما حكى عنه ابن القاسم فعمدة من جمع بين الأمرين انه اجتمع فى السرقة حقان حق لله وحق للادمى فاقتضى كل حق موجبه وأيضا فانهم لما أجمعوا على أخذه منه اذا وجد بعينه لزم اذا لم يوجد بعينه عنده أن يكون فى ضمانه قياسا على سائر الاموال الواجبة وعمدة الكوفيين حديث عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يغرم السارق اذا أقيم عليه الحد وهذا الحديث مضعف عند أهل الحديث قال أبو عمر لانه عندهم مقطوع قال وقد وصله بعضهم وخرجه النسائى والكوفيون يقولون ان اجتماع حقين فى حق واحد مخالف للاصول ويقولون ان القطع هو بدل من الغرم ومن هنا يرون انه اذا سرق شيأ ما فقطع فيه ثم سرقه ثانيا انه لا يقطع فيه وأما تفرقة مالك فاستحسان على غير

قياس وأما القطع فالنظر فى محله وفيمن سرق وقد عدم المحل أما محل القطع فهو اليد اليمين باتفاق من الكوع وهو الذى عليه الجمهور وقال قوم الاصابع فقط فاما اذا سرق من قد قطعت يده اليمنى فى السرقة فانهم اختلفوا فى ذلك فقال أهل الحجاز والعراق تقطع رجله اليسرى بعد اليد اليمنى وقال بعض أهل الظاهر وبعض التابعين تقطع اليد اليسرى بعد اليمنى ولا يقطع منه غير ذلك واختلف مالك والشافعى وأبو حنيفة بعد اتفاقهم على قطع الرجل اليسرى بعد اليد اليمنى هل يقف القطع ان سرق ثالثة أم لا فقال سفيان وأبو حنيفة يقف القطع فى الرجل وانما عليه فى الثالثة الغرم فقط وقال مالك والشافعى ان سرق ثالثة قطعت يده اليسرى ثم ان سرق رابعة قطعت رجله اليمنى وكلا القولين مروى عن عمر وأبى بكر أعنى قول مالك وأبى حنيفة فعمدة من لم ير الا قطع اليد قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) ولم يذكر الارجل الا فى المحاربين فقط وعمدة من قطع الرجل بعد اليد ماروى ان النبى صلى الله عليه وسلم أتى بعبد سرق فقطع يده اليمنى ثم الثانية فقطع رجله ثم أتى به فى الثالثة فقطع يده اليسرى ثم أتى به فى الرابعة فقطع رجله وروى هذا من حديث جابر بن عبد الله وفيه ثم أخذه الخامسة فقتله الا أنه منكر عند أهل الحديث ويرده قوله عليه الصلاة والسلام هن فواحش وفيهن عقوبة ولم يذكر قتلا وحديث ابن عباس ان النبى عليه الصلاة والسلام قطع الرجل بعد اليد وعند مالك انه يؤدب فى الخامسة فاذا ذهب محل القطع من غير سرقة بان كانت اليد شلاء فقيل فى المذهب ينتقل القطع الى اليد اليسرى وقيل الى الرجل واختلف فى موضع القطع من القدم فقيل يقطع من المفصل الذى فى أصل الساق وقيل يدخل الكعبان فى القطع وقيل لا يدخلان وقيل انها تقطع من المفصل الذى فى وسط القدم واتفقوا على أن لصاحب السرقة ان يعفو عن السارق مالم يرفع ذلك الى الامام لماروى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال تعافوا الحدود بينكم فما بلغنى من حد فقد وجب وقوله عليه الصلاة والسلام لو كانت فاطمة بنت محمد لاقمت عليها الحد وقوله لصفوان هلا كان ذلك قبل أن تأتينى به واختلفوا فى السارق يسرق ما يجب فيه القطع فيرفع الى الامام وقد وهبه صاحب السرقة

ماسرقه أو يهبه له بعد الرفع وقبل القطع فقال مالك والشافعي عليه الحد لأنه قد رفع الى الامام وقال أبو حنيفة وطائفة لا حد عليه فعمدة الجمهور حديث مالك عن ابن شهاب عن صفوان بن عبد الله بن صفوان بن أمية انه قيل له ان من لم يهاجر هلك فقدم صفوان بن أمية الى المدينة فنام في المسجد وتوسد رداءه فجاء سارق فأخذ رداءه فأخذ صفوان السارق فجاء به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تقطع يده فقال صفوان لم أرد هذا يا رسول الله هو عليه صدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهلا قبل أن تأتيني به

(القول فيما تثبت به السرقة)

واتفقوا على ان السرقة تثبت بشاهدين عدلين وعلى أنها تثبت باقرار الحر واختلفوا في اقرار العبد فقال جمهور فقهاء الامصار اقراره على نفسه موجب لحده وليس يوجب عليه غرما وقال زفر لا يجب اقرار العبد على نفسه بما يوجب قتله ولا قطع يده لكونه مالا لمولاه وبه قال شريح والشافعي وقتادة وجماعة وان رجع عن الاقرار الى شبهة قبل رجوعه وان رجع الى غير شبهة فعن مالك في ذلك روايتان هكذا حكى البغداديون عن المذهب وللمتأخرين في ذلك تفصيل ليس يليق بهذا الغرض وانما هو لائق بتفريع المذهب

﴿بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما﴾

(كتاب الحرابة)

والأصل في هذا الكتاب قوله تعالى (انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله) الآية وذلك ان هذه الآية عند الجمهور هي في المحاربين وقال بعض الناس انها نزلت في النفر الذين ارتدوا في زمان النبي عليه الصلاة والسلام واستاقوا الابل فأمر بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقطعت أيديهم وأرجلهم وسملت أعينهم والصحيح انها في المحاربين لقوله تعالى (الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) وليس عدم القدرة عليهم مشترطة في توبة الكفار فبقي انها في المحاربين والنظر في أصول هذا الكتاب ينحصر في خمسة أبواب أحدها النظر في الحرابة والثاني النظر في

المحارب والثالث فيما يجب على المحارب والرابع فى مسقط الواجب عنه وهى التوبة والخامس بماذا تثبت هذه الجناية

(الباب الاول)

فأما الحرابة فاتفقوا على أنها اشهار السلاح وقطع السبيل خارج المصر واختلفوا فيمن حارب داخل المصر فقال مالك داخل المصر وخارجه سواء واشترط الشافعى الشوكة وان كان لم يشترط العدد وانما معنى الشوكة عنده قوة المغالبة ولذلك يشترط فيها البعد عن العمران لأن المغالبة انما تتأتى بالبعد من العمران وكذلك يقول الشافعى أنه اذا ضعف السلطان ووجدت المغالبة فى المصر كانت محاربة وأما غير ذلك فهو عنده اختلاس وقال أبو حنيفة لا تكون محاربة فى المصر

(الباب الثانى)

فأما المحارب فهو كل من كان دمه محقونا قبل الحرابة وهو المسلم والذمى

(الباب الثالث)

وأما ما يجب على المحارب فاتفقوا على انه يجب عليه حق لله وحق للآدميين واتفقوا على ان حق الله هو القتل والصلب وقطع الايدى وقطع الارجل من خلاف والنفى على ما نص الله تعالى فى آية الحرابة واختلفوا فى هذه العقوبات هل هى على التخيير أو مرتبة على قدر جناية المحارب فقال مالك ان قتل فلابد من قتله وليس للامام تخيير فى قطعه ولا فى نفيه وانما التخيير فى قتله أو صلبه وأما ان أخذ المال ولم يقتل فلا تخيير فى نفيه وانما التخيير فى قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف وأما اذا أخاف السبل فقط فالامام عنده مخير فى قتله أو صلبه أو قطعه أو نفيه ومعنى التخيير عنده ان الأمر راجع فى ذلك الى اجتهاد الامام فان كان المحارب ممن له الرأى والتدبير فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه لأن القطع لا يرفع ضرره وان كان لا رأى له وانما هو ذو قوة وبأس قطعه من خلاف وان كان ليس فيه شئ من هاتين الصفتين أخذ بأيسر ذلك فيه وهو الضرب والنفى وذهب الشافعى وأبو حنيفة وجماعة من العلماء

الى أن هذه العقوبة هي مرتبة على الجنايات المعلوم من الشرع ترتيبها عليه فلا يقتل من المحار بين الامن قتل ولا يقطع الامن أخذ المال ولا ينفى الامن لم يأخذ المال ولا قتل وقال قوم بل الامام مخير فيهم على الاطلاق وسواء قتل أولم يقتل أخذ المال أولم يأخذه وسبب الخلاف هل حرف أو فى الآية للتخيير أو للتفصيل على حسب جناياتهم ومالك حمل البعض من المحار بين على التفصيل والبعض على التخيير واختلفوا فى معنى قوله أو يصلبوا فقال قوم انه يصلب حتى يموت جوعا وقال قوم بل معنى ذلك انه يقتل ويصلب معا وهؤلاء منهم من قال يقتل أولا ثم يصلب وهو قول أشهب وقيل انه يصلب حيا ثم يقتل فى الخشبة وهو قول ابن القاسم وابن الماجشون ومن رأى أنه يقتل أولا ثم يصلب صلى عليه عنده قبل الصلب ومن رأى أنه يقتل فى الخشبة فقال بعضهم لا يصلى عليه تنكيلا له وقيل يقف خلف الخشبة و يصلى عليه وقال سحنون اذا قتل فى الخشبة أنزل منها وصلى عليه وهل يعاد الى الخشبة بعد الصلاة فيه قولان عنه وذهب أبو حنيفة وأصحابه انه لا يبقى على الخشبة أكثر من ثلاثة أيام وأما قوله أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف فمعناه ان تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى ثم ان عاد قطعت يده اليسرى ورجله اليمنى واختلف اذا لم تكن له اليمنى فقال ابن القاسم تقطع يده اليسرى ورجله اليمنى وقال أشهب تقطع يده اليسرى ورجله اليسرى واختلف أيضا فى قوله أو ينفوا من الأرض فقيل ان النفى هو السجن وقيل ان النفى هو أن ينفى من بلد الى بلد فيسجن فيه الى أن تظهر توبته وهو قول ابن القاسم عن مالك ويكون بين البلدين أقل ما تقصر فيه الصلاة والقولان عن مالك وبالأول قال أبو حنيفة وقال ابن الماجشون معنى النفى هو فرارهم من الامام لاقامة الحد عليهم فاما أن ينفى بعد أن يقدر عليه فلا وقال الشافعى أما النفى فغير مقصود ولكن ان هربوا شردناهم فى البلاد بالاتباع وقيل هى عقوبة مقصودة فقيل على هذا ينفى ويسجن دائما وكلاهما عن الشافعى وقيل معنى أو ينفوا أى من أرض الاسلام الى أرض الحرب والذى يظهر ان النفى هو تغريبهم عن وطنهم لقوله تعالى (ولو أنا كتبنا عليهم أن اقتلوا أنفسكم أو اخرجوا من دياركم) الآية فسوى بين النفى والقتل وهى عقوبة معروفة بالعادة من العقوبات كالضرب والقتل وكل ما يقال فيه سوى هذا

فليس معروفا الا بالعادة ولا بالعرف

(الباب الرابع)

وأما مايسقط الحق الواجب عليه فان الاصل فيه قوله تعالى (الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) واختلف من ذلك فى أربعة مواضع أحدها هل تقبل توبته والثانى ان قبلت فما صفة المحارب الذى تقبل توبته فان لاهل العلم فى ذلك قولين قول انه تقبل توبته وهو أشهر لقوله تعالى (الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) وقول انه لا تقبل توبته قال ذلك من قال ان الآية لم تنزل فى المحاربين وأما صفة التوبة التى تسقط الحكم فانهم اختلفوا فيها على ثلاثة أقوال أحدها ان توبته تكون بوجهين أحدهما أن يترك ماهو عليه وان لم يأت الامام والثانى ان يلقى سلاحه ويأتى الامام طائعا وهو مذهب ابن القاسم والقول الثانى ان توبته انما تكون بان يترك ماهو عليه ويجلس فى موضعه ويظهر لجيرانه وان أتى الامام قبل أن تظهر توبته أقام عليه الحد وهذا هو قول ابن الماجشون والقول الثالث ان توبته انما تكون بالمجىء الى الامام وان ترك ماهو عليه لم يسقط ذلك عنه حكما من الأحكام ان أخذ قبل أن يأتى الامام وتحصيل ذلك هو ان توبته قيل انها تكون بأن يأتى الامام قبل أن يقدر عليه وقيل انها انما تكون اذا ظهرت توبته قبل القدرة فقط وقيل تكون بالأمرين جميعا وأما صفة المحارب الذى تقبل توبته فانهم اختلفوا فيها أيضا على ثلاثة أقوال أحدها ان يلحق بدار الحرب والثانى ان تكون له فئة والثالث كيفما كان كانت له فئة أو لم تكن لحق بدار الحرب أو لم يلحق واختلف فى المحارب اذا امتنع فأمنه الامام على ان ينزل فقيل له الامان ويسقط عنه حد الحرابة وقيل لا أمان له لأنه انما يؤمن المشرك وأما ماتسقط عنه التوبة فاختلفوا فى ذلك على أربعة أقوال أحدها ان التوبة انما تسقط عنه حد الحرابة فقط ويؤخذ بما سوى ذلك من حقوق الله وحقوق الآدميين وهو قول مالك والقول الثانى ان التوبة تسقط عنه حد الحرابة وجميع حقوق الله من الزنا والشراب والقطع فى السرقة ويتبع بحقوق الناس من الاموال والدماء الا أن يعفو أولياء المقتول والثالث ان التوبة ترفع جميع حقوق الله ويؤخذ بالدماء وفى الاموال بما وجد

بعينه في أيديهم ولا تتبع ذممهم والقول الرابع ان التوبة تسقط جميع حقوق الله وحقوق الآدميين من مال ودم الا ما كان من الاموال قائم العين بيده

(الباب الخامس)

وأما بماذا يثبت هذا الحد فبالاقرار وبالشهادة ومالك يقبل شهادة المسلوبين على الذين سلبوهم وقال الشافعي تجوز شهادة أهل الرفقة عليهم اذا لم يدعوا لأنفسهم ولا لرفقائهم مالا أخذوه وتثبت عند مالك الحرابة بشهادة السماع

﴿ فصل في حكم المحارب بين على التأويل ﴾ وأما حكم المحارب بين على التأويل فان محاربهم الامام فاذا قدر على واحد منهم لم يقتل الا اذا كانت الحرب قائمة فان مالكا قال ان للامام أن يقتله ان رأى ذلك لما يخاف من عونه لأصحابه على المسلمين وأما اذا أسر بعد انقضاء الحرب فان حكمه حكم البدعي الذي لا يدعو الى بدعته قيل يستتاب فان تاب والا قتل وقيل يستتاب فان لم يتب يؤدب ولا يقتل وأكثر أهل البدع انما يكفرون بالمآل واختلف قول مالك في التكفير بالمآل ومعنى التكفير بالمآل انهم لا يصرحون بقول هو كفر ولكن يصرحون بأقوال يلزم عنها الكفر وهم لا يعتقدون ذلك اللزوم وأما ما يلزم هؤلاء من الحقوق اذا ظفر بهم فحكمهم اذا تابوا ان لا يقام عليهم حد الحرابة ولا يؤخذ منهم ما أخذوا من المال الا أن يوجد بيده فيرد الى ربه وانما اختلفوا هل يقتل قصاصا عن قتل فقيل يقتل وهو قول عطاء وأصبغ وقال مطرف وابن الماجشون عن مالك لا يقتل وبه قال الجمهور لأن كل من قاتل على التأويل فليس بكافر بتة أصله قتال الصحابة وكذلك الكافر بالحقيقة هو المكذب لا المتأول

(باب في حكم المرتد)

والمرتد اذا ظفر به قبل أن يحارب فاتفقوا على انه يقتل الرجل لقوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه واختلفوا في قتل المرأة وهل تستتاب قبل أن تقتل فقال الجمهور تقتل المرأة وقال أبو حنيفة لا تقتل وشبهها بالكافرة الاصلية والجمهور اعتمدوا العموم الوارد في ذلك وشذ قوم فقالوا تقتل وان راجعت الاسلام

وأما الاستتابة فان مالكا شرط فى قتله ذلك على مارواه عن عمر وقال قوم لا تقبل توبته وأما اذا حارب المرتد ثم ظهر عليه فانه يقتل بالحرابة ولا يستتاب كانت حرابته بدار الاسلام أو بعد ان لحق بدار الحرب الا أن يسلم وأما اذا أسلم المرتد المحارب بعد ان أخذ أو قبل أن يؤخذ فانه يختلف فى حكمه فان كانت حرابته فى دار الحرب فهو عند مالك كالحربى يسلم لا تباعة عليه فى شئ مما فعل فى حال ارتداده وأما ان كانت حرابته فى دار الاسلام فانه يسقط اسلامه عنه حكم الحرابة خاصة وحكمه فيما جنى حكم المرتد اذا جنى فى ردته فى دار الاسلام ثم أسلم وقد اختلف أصحاب مالك فيه فقال حكمه حكم المرتد من اعتبر يوم الجناية وقال حكمه حكم المسلم من اعتبر يوم الحكم وقد اختلف فى هذا الباب فى حكم الساحر فقال مالك يقتل كفرا وقال قوم لا يقتل والأصل ان لا يقتل الا مع الكفر

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما ﴾

(كتاب الاقضية)

وأصول هذا الكتاب تنحصر فى ستة أبواب أحدها فى معرفة من يجوز قضاؤه والثانى فى معرفة ما يقضى به والثالث فى معرفة ما يقضى فيه والرابع فى معرفة من يقضى عليه أوله والخامس فى كيفية القضاء والسادس فى وقت القضاء

(الباب الاول)

والنظر فى هذا الباب فيمن يجوز قضاؤه وفيما يكون به أفضل فأما الصفات المشترطة فى الجواز فان يكون حرا مسلما بالغا ذكرا عاقلا عدلا وقد قيل فى المذهب ان الفسق يوجب العزل ويمضى ما حكم به واختلفوا فى كونه من أهل الاجتهاد فقال الشافعى يجب أن يكون من أهل الاجتهاد ومثله حكى عبد الوهاب عن المذهب وقال أبو حنيفة يجوز حكم العامى قال القاضى وهو ظاهر ما حكاه جدى رحمة الله عليه فى المقدمات عن المذهب لأنه جعل كون الاجتهاد فيه من الصفات المستحبة وكذلك اختلفوا فى اشتراط الذكورة فقال الجمهور هى شرط فى صحة الحكم وقال أبو حنيفة يجوز أن تكون المرأة قاضيا فى الأموال قال الطبرى يجوز أن تكون المرأة حاكما

على الاطلاق فى كل شئ قال عبد الوهاب ولا أعلم بينهم اختلافا فى اشتراط الحرية فمن ردقضاء المرأة شبهه بقضاء الامامة الكبرى وقاسها أيضا على العبد لنقصان حرمتها ومن أجاز حكمها فى الاموال فتشبيها بجواز شهادتها فى الاموال ومن رأى حكمها نافذا فى كل شئ قال ان الأصل هو ان كل من يتأتى منه الفصل بين الناس فحكمه جائز الا ما خصصه الاجماع من الامامة الكبرى وأما اشتراط الحرية فلا خلاف فيه ولا خلاف فى مذهب مالك أن السمع والبصر والكلام مشترطة فى استمرار ولايته وليست شرطا فى جواز ولايته وذلك ان من صفات القاضى فى المذهب ما هى شرط فى الجواز فهذا اذا ولى عزل وفسخ جميع ما حكم به ومنها ما هى شرط فى الاستمرار وليست شرطا فى الجواز فهذا اذا ولى القضاء عزل ونفذ ما حكم به الا أن يكون جورا ومن هذا الجنس عندهم هذه الثلاث صفات ومن شرط القضاء عند مالك أن يكون واحدا والشافعى يجيز أن يكون فى المصر قاضيان اثنان اذا رسم لكل واحد منهما ما يحكم فيه وان شرط اتفاقهما فى كل حكم لم يجز وان شرط الاستقلال لكل واحد منهما فوجهان الجواز والمنع قال واذا تنازع الخصمان فى اختيار أحدهما وجب أن يقترع عنده وأما فضائل القضاء فكثيرة وقد ذكرها الناس فى كتبهم وقد اختلفوا فى الامى هل يجوز أن يكون قاضيا والأبين جوازه لكونه عليه الصلاة والسلام أميا وقال قوم لا يجوز وعن الشافعى القولان جميعا لانه يحتمل أن يكون ذلك خاصا به لموضع المعجز ولا خلاف فى جواز حكم الامام الاعظم وتوليته للقاضى شرط فى صحة قضائه لا خلاف أعرف فيه واختلفوا من هذا الباب فى نفوذ حكم من رضيه المتداعيان ممن ليس بوال على الاحكام فقال مالك يجوز وقال الشافعى فى أحد قوليه لا يجوز وقال أبو حنيفة يجوز اذا وافق حكمه حكم قاضى البلد

(الباب الثانى)

وأما فيما يحكم فاتفقوا أن القاضى يحكم فى كل شئ من الحقوق كان حقا لله أو حقا للآدميين وانه نائب عن الامام الاعظم فى هذا المعنى وانه يعقد الانكحة ويقدم الاوصياء وهل يقدم الأئمة فى المساجد الجامعة فيه خلاف وكذلك هل يستخلف فيه خلاف فى المرض والسفر الا ان يؤذن له وليس ينظر فى الجباة ولا فى غير ذلك من الولاة.

وينظر فى التحجير على السفهاء عند من يرى التحجير عليهم ومن فروع هذا الباب هل ما يحكم فيه الحاكم يحله للمحكوم له به وان لم يكن فى نفسه حلالا وذلك انهم أجمعوا على أن حكم الحاكم بالظاهر الذى يعتريه لا يحل حراما ولا يحرم حلالا وذلك فى الاموال خاصة لقوله عليه الصلاة والسلام انما أنا بشر وانكم تختصمون الى فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فاقضى له على نحو ما أسمع منه فمن قضيت له بشئ من حق أخيه فلا يأخذ منه شيأ فانما أقطع له قطعة من النار واختلفوا فى حل عصمة النكاح أو عقده بالظاهر الذى يظن الحاكم انه حق وليس بحق اذ لا يحل حرام ولا يحرم حلال بظاهر حكم الحاكم دون أن يكون الباطن كذلك هل يحل ذلك أم لا فقال الجمهور الاموال والفروج فى ذلك سواء لا يحل حكم الحاكم منها حراما ولا يحرم حلالا وذلك مثل أن يشهد شاهدا زور فى امرأة أجنبية انها زوجة لرجل أجنبى ليست له بزوجة فقال الجمهور لا تحل له وان أحلها الحاكم بظاهر الحكم وقال أبو حنيفة وجمهور أصحابه تحل له فعمدة الجمهور عموم الحديث المتقدم وشبهة الحنفية ان الحكم باللعان ثابت بالشرع وقد علم أن أحد المتلاعنين كاذب واللعان يوجب الفرقة ويحرم المرأة على زوجها الملاعن لها ويحلها لغيره فان كان هو الكاذب فلم تحرم عليه الا بحكم الحاكم وكذلك ان كانت هى الكاذبة لان زناها لا يوجب فرقتها على قول أكثر الفقهاء والجمهور ان الفرقة ههنا انما وقعت عقوبة للعلم بان أحدهما كاذب

(الباب الثالث فيما يكون به القضاء)

والقضاء يكون بأربع بالشهادة وباليمين والنكول وبالاقرار أو بما تركب من هذه ففى هذا الباب أربعة فصول

(الفصل الاول فى الشهادة)

والنظر فى الشهود فى ثلاثة أشياء فى الصفة والجنس والعدد فأما عدد الصفات المعتبرة فى قبول الشاهد بالجملة فهى خمسة العدالة والبلوغ والاسلام والحرية ونفى التهمة وهذه منها متفق عليها ومنها مختلف فيها أما العدالة فان المسلمين اتفقوا على اشتراطها

في قبول شهادة الشاهد لقوله تعالى (ممن ترضون من الشهداء) ولقوله تعالى (وأشهدوا ذوى عدل منكم) واختلفوا فيما هي العدالة فقال الجمهور هي صفة زائدة على الاسلام وهو أن يكون ملتزما لواجبات الشرع ومستحباته مجتنبا للمحرمات والمكروهات وقال أبو حنيفة يكفي في العدالة ظاهر الاسلام وأن لا تعلم منه جرحة وسبب الخلاف كما قلنا ترددهم في مفهوم اسم العدالة المقابلة للفسق وذلك أنهم اتفقوا على أن شهادة الفاسق لا تقبل لقوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ) الآية ولم يختلفوا أن الفاسق تقبل شهادته اذا عرفت توبته الا من كان فسقه من قبل القذف فان أبا حنيفة يقول لا تقبل شهادته وان تاب والجمهور يقولون تقبل وسبب الخلاف هل يعود الاستثناء في قوله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك) الى أقرب مذكور اليه أو على الجملة الا ما خصصه الاجماع وهو أن التوبة لا تسقط عنه الحد وقد تقدم هذا وأما البلوغ فانهم اتفقوا على أنه يشترط حيث تشترط العدالة واختلفوا في شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح وفي القتل فردها جمهور فقهاء الأمصار لما قلناه من وقوع الاجماع على أن من شرط الشهادة العدالة ومن شرط العدالة البلوغ ولذلك ليست في الحقيقة شهادة عند مالك وانما هي قرينة حال ولذلك اشترط فيها أن لا يتفرقوا لئلا يجبنوا واختلف أصحاب مالك هل تجوز اذا كان بينهم كبير أم لا ولم يختلفوا أنه يشترط فيها العدد المشترطة في الشهادة واختلفوا هل يشترط فيها الذكورة أم لا واختلفوا أيضا هل تجوز في القتل الواقع بينهم ولا عمدة لمالك في هذا الا أنه مروى عن ابن الزبير قال الشافعي فاذا احتج محتج بهذا قيل له ان ابن عباس قد ردها والقرآن يدل على بطلانها وقال بقول مالك ابن أبي ليلى وقوم من التابعين واجازة مالك لذلك هو من باب اجازته قياس المصلحة * وأما الاسلام فاتفقوا على أنه شرط في القبول وأنه لا تجوز شهادة الكافر الا ما اختلفوا فيه من جواز ذلك في الوصية في السفر لقوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم) الآية فقال أبو حنيفة بجوز ذلك على الشروط التي ذكرها الله وقال مالك والشافعي لا يجوز ذلك ورأوا ان الآية منسوخة

* وأما الحرية فان جمهور فقهاء الأمصار على اشتراطها فى قبول الشهادة وقال أهل الظاهر تجوز شهادة العبد لأن الأصل انما هو اشتراط العدالة والعبودية ليس لها تأثير فى الرد الا أن يثبت ذلك من كتاب الله أو سنة أو اجماع وكان الجمهور رأوا أن العبودية أثر من أثر الكفر فوجب أن يكون لها تأثير فى رد الشهادة * وأما التهمة التى سببها المحبة فان العلماء أجمعوا على أنها مؤثرة فى اسقاط الشهادة واختلفوا فى رد شهادة العدل بالتهمة لموضع المحبة أو البغضة التى سببها العداوة الدنيوية فقال بردها فقهاء الأمصار الا أنهم اتفقوا فى مواضع على اعمال التهمة وفى مواضع على اسقاطها وفى مواضع اختلفوا فيها فاعملها بعضهم وأسقطها بعضهم فمما اتفقوا عليه رد شهادة الاب لابنه والابن لابيه وكذلك الام لابنها وابنها لها ومما اختلفوا فى تأثير التهمة فى شهادتهم شهادة الزوجين أحدهما للآخر فان مالكا ردها وأبا حنيفة وأجازها الشافعى وأبو ثور والحسن وقال ابن أبى ليلى تقبل شهادة الزوج لزوجه ولا تقبل شهادتها له وبه قال النخعى ومما اتفقوا على اسقاط التهمة فيه شهادة الأخ لأخيه مالم يدفع بذلك عن نفسه عارا على ماقال مالك ومالم يكن منقطعا الى أخيه يناله بره وصلته ماعدا الاوزاعى فانه قال لا تجوز ومن هذا الباب اختلافهم فى قبول شهادة العدو على عدوه فقال مالك والشافعى لا تقبل وقال أبو حنيفة تقبل فعمدة الجهور فى رد الشهادة بالتهمة ماروى عنه عليه السلام أنه قال لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين وما خرجه أبو داود من قوله عليه السلام لا تقبل شهادة بدوى على حضرى لقلة شهود البدوى مايقع فى المصر فهذه هى عمدتهم من طريق السماع وأما من طريق المعنى فلموضع التهمة وقد أجمع الجهور على تأثيرها فى الأحكام الشرعية مثل اجماعهم على أنه لايرث القاتل المقتول وعلى توريث المبتوتة فى المرض وان كان فيه خلاف وأما الطائفة الثانية وهم شريح وأبو ثور وداود فانهم قالوا تقبل شهادة الاب لابنه فضلا عمن سواه اذا كان الاب عدلا وعمدتهم قوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين) والأمر بالشئ يقتضى اجزاء المأمور به الا ماخصصه الاجماع من شهادة المرء لنفسه وأما من طريق النظر فان لهم أن يقولوا رد الشهادة بالجملة انما هو لموضع اتهام الكذب وهذه التهمة

انما اعتملها الشرع فى الفاسق ومنع اعمالها فى العادل فلا تجتمع العدالة مع التهمة * وأما النظر فى العدد والجنس فان المسلمين اتفقوا على أنه لا يثبت الزنا بأقل من أربعة عدول ذكور واتفقوا على أنه تثبت جميع الحقوق ماعدا الزنا بشاهدين عدلين ذكرين ماخلا الحسن البصرى فانه قال لا تقبل بأقل من أربعة شهداء تشبيها بالرجم وهذا ضعيف لقوله سبحانه (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) وكل متفق ان الحكم يجب بالشاهدين من غير يمين المدعى الا ابن أبى ليلى فانه قال لابد من يمينه واتفقوا على أنه تثبت الاموال بشاهد عدل ذكر وامرأتين لقوله تعالى (فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) واختلفوا فى قبولهما فى الحدود فالذى عليه الجمهور انه لا تقبل شهادة النساء فى الحدود لا مع رجل ولا مفردات وقال أهل الظاهر تقبل اذا كان معهن رجل وكان النساء أكثر من واحدة فى كل شئ على ظاهر الآية وقال أبو حنيفة تقبل فى الاموال وفيما عدا الحدود من أحكام الابدان مثل الطلاق والرجعة والنكاح والعتق ولا تقبل عند مالك فى حكم من أحكام البدن واختلف أصحاب مالك فى قبولهن فى حقوق الابدان المتعلقة بالمال مثل الوكالات والوصية التى لا تتعلق الا بالمال فقط فقال مالك وابن القاسم وابن وهب يقبل فيه شاهد وامرأتان وقال أشهب وابن الماجشون لا يقبل فيه الا رجلان وأما شهادة النساء مفردات أعنى النساء دون الرجال فهى مقبولة عند الجمهور فى حقوق الابدان التى لا يطلع عليها الرجال غالبا مثل الولادة والاستهلال وعيوب النساء ولا خلاف فى شئ من هذا الا فى الرضاع فان أبا حنيفة قال لا تقبل فيه شهادتهن الا مع الرجال لانه عنده من حقوق الابدان التى يطلع عليها الرجال والنساء والذين قالوا بجواز شهادتهن مفردات فى هذا الجنس اختلفوا فى العدد المشترط فى ذلك منهن فقال مالك يكفى فى ذلك امرأتان قيل مع انتشار الأمر وقيل وان لم ينتشر وقال الشافعى ليس يكفى فى ذلك أقل من أربع لان الله عز وجل قد جعل عديل الشاهد الواحد امرأتين واشترط الاثنينية وقال قوم لا يكتفى فى ذلك بأقل من ثلاث وهو قول لا معنى له وأجاز أبو حنيفة شهادة المرأة فيما بين السرة والركبة وأحسب أن الظاهرية أو بعضهم لا يجيزون شهادة النساء مفردات فى كل شئ كما يجيزون شهادتهن مع الرجال فى كل شئ وهو الظاهر وأما شهادة

المرأة الواحدة بالرضاع فانهم أيضا اختلفوا فيها لقوله عليه السلام فى المرأة الواحدة التى شهدت بالرضاع كيف وقد أرضعتكما وهذا ظاهره الانكار ولذلك لم يختلف قول مالك فى أنه يكروه

(الفصل الثانى)

وأما الايمان فانهم اتفقوا على أنها تبطل بها الدعوى عن المدعى عليه اذا لم تكن للمدعى بينة واختلفوا هل يثبت بها حق للمدعى فقال مالك يثبت بها حق المدعى فى اثبات ما أنكره المدعى عليه وابطال ماثبت عليه من الحقوق اذا ادعى الذى ثبت عليه اسقاطه فى الموضع الذى يكون المدعى أقوى سببا وشبهة من المدعى عليه. وقال غيره لا تثبت للمدعى باليمين دعوى سواء كانت فى اسقاط حق عن نفسه قد ثبت عليه أو اثبات حق أنكره فيه خصمه وسبب اختلافهم ترددهم فى مفهوم قوله عليه السلام البينة على من ادعى واليمين على من أنكر هل ذلك عام فى كل مدعى عليه ومدع أم انما خص المدعى بالبينة والمدعى عليه باليمين لأن المدعى فى الأكثر هو أضعف شبهة من المدعى عليه والمدعى عليه بخلافه فمن قال هذا الحكم عام فى كل مدع ومدعى عليه ولم يرد بهذا العموم خصوصا قال لا يثبت باليمين حق ولا يسقط به حق ثبت ومن قال انما خص المدعى عليه بهذا الحكم من جهة ماهو أقوى شبهة قال اذا اتفق أن يكون موضع تكون فيه شبهة المدعى أقوى يكون القول قوله واحتج هؤلاء بالمواضع التى اتفق الجمهور فيها على أن القول فيها قول المدعى مع يمينه مثل دعوى التلف فى الوديعة وغير ذلك أن وجد شئ بهذه الصفة ولأولئك أن يقولوا الأصل ماذكرنا الا ماخصصه الاتفاق وكلهم مجمعون على ان اليمين التى تسقط الدعوى أو تثبتها هى اليمين بالله الذى لا اله الا هو وأقاويل فقهاء الأمصار فى صفتها متقاربة وهى عند مالك بالله الذى لا اله الا هو لا يزيد عليها ويزيد الشافعى الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية وأما هل تغلظ بالمكان فانهم اختلفوا فى ذلك فذهب مالك الى أنها تغلظ بالمكان وذلك فى قدر مخصوص وكذلك الشافعى واختلفوا فى القدر فقال مالك ان من ادعى عليه بثلاثة دراهم فصاعدا وجبت عليه اليمين فى المسجد الجامع فان كان مسجد النبى عليه الصلاة والسلام فلا خلاف انه يحلف على المنبر وان كان

في غيره من المساجد ففي ذلك روايتان احداهما حيث اتفق من المسجد والأخرى عند المنبر وروى عنه ابن القاسم انه يحلف فيما له بال في الجامع ولم يحدد وقال الشافعي يحلف في المدينة عند المنبر وفي مكة بين الركن والمقام وكذلك عنده في كل بلد يحلف عند المنبر والنصاب عنده في ذلك عشرون دينارا وقال داود يحلف على المنبر في القليل والكثير وقال أبو حنيفة لا تغلظ اليمين بالمكان وسبب الخلاف هل التغليظ الوارد في الحلف على منبر النبي صلى الله عليه وسلم يفهم منه وجوب الحلف على المنبر أم لا فمن قال انه يفهم منه ذلك قال لأنه لو لم يفهم منه ذلك لم يكن للتغليظ في ذلك معنى ومن قال للتغليظ معنى غير الحكم بوجوب اليمين على المنبر قال لا يجب الحلف على المنبر والحديث الوارد في التغليظ هو حديث جابر بن عبد الله الانصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على منبري آثما تبوّأ مقعده من النار واحتج هؤلاء بالعمل فقالوا هو عمل الخلفاء قال الشافعي لم يزل عليه العمل بالمدينة وبمكة قالوا ولو كان التغليظ لا يفهم منه ايجاب اليمين في الموضع المغلظ لم يكن له فائدة الا تجنب اليمين في ذلك الموضع قالوا وكما أن التغليظ الوارد في اليمين مجردا مثل قوله عليه الصلاة والسلام من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار يفهم منه وجوب القضاء باليمين كذلك التغليظ الوارد في المكان وقال الفريق الآخر لا يفهم من التغليظ باليمين وجوب الحكم باليمين واذا لم يفهم من تغليظ اليمين وجوب الحكم باليمين لم يفهم من تغليظ اليمين بالمكان وجوب اليمين بالمكان وليس فيه اجماع من الصحابة والاختلاف فيه مفهوم من قضية زيد بن ثابت وتغلظ بالمكان عند مالك في القسامة واللعان وكذلك بالزمان لأنه قال في اللعان أن يكون بعد صلاة العصر على ما جاء في التغليظ فيمن حلف بعد العصر وأما القضاء باليمين مع الشاهد فانهم اختلفوا فيه فقال مالك والشافعي وأحمد وداود وأبو ثور والفقهاء السبعة المدنيون وجماعة يقضى باليمين مع الشاهد في الأموال وقال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي وجمهور أهل العراق لا يقضى باليمين مع الشاهد في شئ وبه قال الليث من أصحاب مالك وسبب الخلاف في هذا الباب تعارض السماع أما القائلون به فانهم تعلقوا في ذلك بآثار كثيرة منها حديث ابن عباس وحديث أبي هريرة وحديث زيد بن ثابت وحديث جابر

الا أن الذى خرج مسلم منها حديث ابن عباس ولفظه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد خرجه مسلم ولم يخرجه البخارى وأما مالك فانما اعتمد مرسله فى ذلك عن جعفر بن محمد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد لان العمل عنده بالمراسيل واجب وأما السماع المخالف لها فقوله تعالى (فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) قالوا وهذا يقتضى الحصر فالزيادة عليه نسخ ولا ينسخ القرآن بالسنة الغير متواترة وعند المخالف انه ليس بنسخ بل زيادة لا تغير حكم المزيد وأما من السنة فما خرجه البخارى ومسلم عن الأشعث بن قيس قال كان بينى و بين رجل خصومة فى شئ فاختصمنا الى النبى عليه الصلاة والسلام فقال شاهداك أو يمينه فقلت اذا يحلف ولا يبالى فقال النبى صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين يقتطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر لقى الله وهو عليه غضبان قالوا فهذا منه عليه الصلاة والسلام حصر للحكم ونقض لحجة كل واحد من الخصمين ولا يجوز عليه صلى الله عليه وسلم ألا يستوفى أقسام الحجة للمدعى والذين قالوا باليمين مع الشاهد هم على أصلهم فى أن اليمين هى حجة أقوى المتداعيين شبهة وقد قويت ههنا حجة المدعى بالشاهد كما قويت فى القسامة وهؤلاء اختلفوا فى القضاء باليمين مع المرأتين فقال مالك يجوز لان المرأتين قد أقيمتا مقام الواحد وقال الشافعى لا يجوز لانه انما أقيمت مقام الواحد مع الشاهد الواحد لا مفردة ولا مع غيره وهل يقضى باليمين فى الحدود التى هى حق للناس مثل القذف والجراح فيه قولان فى المذهب

(الفصل الثالث)

وأما ثبوت الحق على المدعى عليه بنكوله فان الفقهاء أيضا اختلفوا فى ذلك فقال مالك والشافعى وفقهاء أهل الحجاز وطائفة من العراقيين اذا نكل المدعى عليه لم يجب للمدعى شئ بنفس النكول الا أن يحلف المدعى أو يكون له شاهد واحد وقال أبو حنيفة وأصحابه وجمهور الكوفيين يقضى للمدعى على المدعى عليه بنفس النكول وذلك فى المال بعد أن يكرر عليه اليمين ثلاثا وقلب اليمين عند مالك يكون فى الموضع الذى يقبل فيه شاهد وامرأتان وشاهد ويمين وقلب اليمين عند الشافعى يكون فى كل موضع

يجب فيه اليمين وقال ابن أبى ليلى أردها فى غير التهمة ولا أردها فى التهمة وعند مالك فى يمين التهمة هل تنقلب أم لا قولان فعمدة من رأى أن تنقلب اليمين ما رواه مالك من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد فى القسامة اليمين على اليهود بعد ان بدأ بالانصار ومن حجة مالك أن الحقوق عنده انما تثبت بشيئين اما بيمين وشاهد واما بنكول وشاهد واما بنكول ويمين أصل ذلك عنده اشتراط الاثنينية فى الشهادة وليس يقضى عند الشافعى بشاهد ونكول وعمدة من قضى بالنكول أن الشهادة لما كانت لاثبات الدعوى واليمين لابطالها وجب ان نكل عن اليمين أن تحق عليه الدعوى قالوا وأما نقلها من المدعى عليه الى المدعى فهو خلاف للنص لان اليمين قد نص على أنها دلالة المدعى عليه فهذه أصول الحجج التى يقضى بها القاضى ومما اتفقوا عليه فى هذا الباب انه يقضى القاضى بوصول كتاب قاض آخر اليه لكن هذا عند الجمهور مع اقتران الشهادة به أعنى اذا أشهد القاضى الذى يثبت عنده الحكم شاهدين عدلين أن الحكم ثابت عنده أعنى المكتوب فى الكتاب الذى أرسله الى القاضى الثانى فشهدا عند القاضى الثانى انه كتابه وانه أشهدهم بثبوته وقد قيل انه يكتفى فيه بخط القاضى وانه كان به العمل الأول واختلف مالك والشافعى وأبو حنيفة ان أشهدهم على الكتابة ولم يقرأه عليهم فقال مالك يجوز وقال الشافعى وأبو حنيفة لا يجوز ولا تصح الشهادة واختلفوا فى العفاص والوكاء هل يقضى به فى اللقطة دون شهادة أم لا بد فى ذلك من شهادة فقال مالك يقضى بذلك وقال الشافعى لا بد من الشاهدين وكذلك قال أبو حنيفة وقول مالك هو أجرى على نص الأحاديث وقول الغير أجرى على الأصول ومما اختلفوا فيه من هذا الباب قضاء القاضى بعلمه وذلك ان العلماء أجمعوا على ان القاضى يقضى بعلمه فى التعديل والتجريح وانه اذا شهد الشهود بضد علمه لم يقض به وانه يقضى بعلمه فى اقرار الخصم وانكاره الا مالكا فانه رأى أن يحضر القاضى شاهدين لاقرار الخصم وانكاره وكذلك أجمعوا على أنه يقضى بعلمه فى تغليب حجة أحد الخصمين على حجة الآخر اذا لم يكن فى ذلك خلاف واختلفوا اذا كان فى المسئلة خلاف فقال قوم لا يرد حكمه اذا لم يخرق الاجماع وقال قوم اذا كان شاذا وقال قوم برد اذا كان حكما بقياس وهنالك سماع من كتاب أو سنة تخالف

القياس وهو الاعدل الا أن يكون القياس تشهد له الأصول والكتاب محتمل والسنة غير متواترة وهذا هو الوجه الذى ينبغى أن يحمل عليه من غلب القياس من الفقهاء فى موضع من المواضع على الاثر مثل ما ينسب الى أبى حنيفة باتفاق والى مالك باختلاف واختلفوا هل يقضى بعلمه على أحد دون بينة أو اقرار أو لا يقضى الا بالدليل والاقرار فقال مالك وأكثر أصحابه لا يقضى الا بالبينات أو الاقرار وبه قال أحمد وشريح وقال الشافعى والكوفى وأبو ثور وجماعة للقاضى أن يقضى بعلمه ولكلا الطائفتين سلف من الصحابة والتابعين وكل واحد منهما اعتمد فى قوله السماع والنظر أما عمدة الطائفة التى منعت من ذلك فمنها حديث معمر عن الزهرى عن عروة عن عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث أبا جهم على صدقة فلاحاه رجل فى فريضة فوقع بينهما شجاج فأتوا النبى صلى الله عليه وسلم فأخبروه فأعطاهم الارش ثم قال عليه الصلاة والسلام انى خاطب الناس ومخبرهم انكم قد رضيتم أرضيتم قالوا نعم فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فخطب الناس وذكر القصة وقال أرضيتم قالوا لا فهم بهم المهاجرون فنزل رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعطاهم ثم صعد المنبر فخطب ثم قال أرضيتم قالوا نعم قال فهذا بين فى أنه لم يحكم عليهم بعلمه صلى الله عليه وسلم وأما من جهة المعنى فللتهمة اللاحقة فى ذلك للقاضى وقد أجمعوا ان للتهمة تأثيرا فى الشرع منها أنه لا يرث القاتل عمدا عند الجمهور من قتله ومنها ردهم شهادة الاب لابنه وغير ذلك مما هو معلوم من جمهور الفقهاء وأما عمدة من أجاز ذلك اما من طريق السماع فحديث عائشة فى قصة هند بنت عتبة بن ربيعة مع زوجها أبى سفيان بن حرب حين قال لها عليه الصلاة والسلام وقد شكت أبا سفيان خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف دون أن يسمع قول خصمها وأما من طريق المعنى فانه اذا كان له أن يحكم بقول الشاهد الذى هو مظنون فى حقه فأحرى أن يحكم بما هو عنده يقين وخصص أبو حنيفة وأصحابه ما يحكم فيه الحاكم بعلمه فقالوا لا يقضى بعلمه فى الحدود ويقضى فى غير ذلك وخصص أيضا أبو حنيفة العلم الذى يقضى به فقال يقضى بعلمه الذى علمه فى القضاء ولا يقضى بما علمه قبل القضاء وروى عن عمر أنه قضى بعلمه على أبى سفيان لرجل من بنى مخزوم وقال بعض أصحاب مالك يقضى بعلمه فى المجلس أعنى بما يسمع وان لم يشهد عنده بذلك وهو قول الجمهور كما قلنا وقول المغيرة هو أجرى على

الأصول لأن الأصل فى هذه الشريعة لا يقضى بدليل (٧) وإن كانت غلبة الظن الواقعة به أقوى من الظن الواقع بصدق الشاهدين

(الفصل الرابع فى الاقرار)

وأما الاقرار اذا كان بينا فلا خلاف فى وجوب الحكم به وانما النظر فيمن يجوز اقراره ممن لا يجوز واذا كان الاقرار محتملا وقع الخلاف أما من يجوز اقراره ممن لا يجوز فقد تقدم وأما عدد الاقرارات الموجبة فقد تقدم فى باب الحدود ولا خلاف بينهم ان الاقرار مرة واحدة عامل فى المال وأما المسائل التى اختلفوا فيها من ذلك فهى من قبل احتمال اللفظ وأنت ان أحببت أن تقف عليه فمن كتاب الفروع

(الباب الرابع)

وأما على من يقضى ولمن يقضى فان الفقهاء اتفقوا على أنه يقضى لمن ليس يتهم عليه واختلفوا فى قضائه لمن يتهم عليه فقال مالك لا يجوز قضاؤه على من لا تجوز عليه شهادته وقال قوم يجوز لان القضاء يكون بأسباب معلومة وليس كذلك الشهادة وأما على من يقضى فانهم اتفقوا على أنه يقضى على المسلم الحاضر واختلفوا فى الغائب وفى القضاء على أهل الكتاب فاما القضاء على الغائب فان مالكا والشافعى قالا يقضى على الغائب البعيد الغيبة وقال أبو حنيفة لا يقضى على الغائب أصلا وبه قال ابن الماجشون وقد قيل عن مالك لا يقضى فى الرباع المستحقة فعمدة من رأى القضاء حديث هند المتقدم ولا حجة فيه لأنه لم يكن غائبا عن المصر وعمدة من لم ير القضاء قوله عليه الصلاة والسلام فانما أقضى له بحسب ما أسمع وما رواه أبو داود وغيره عن على أن النبى صلى الله عليه وسلم قال له حين أرسله الى اليمن لا تقض لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر وأما الحكم على الذمى فان فى ذلك ثلاثة أقوال أحدها أنه يقضى بينهم اذا ترافعوا اليه بحكم المسلمين وهو مذهب أبى حنيفة والثانى انه مخير وبه قال مالك وعن الشافعى القولان والثالث انه واجب على الامام أن يحكم بينهم وان لم يتحاكموا اليه فعمدة من اشترط مجيئهم للحاكم قوله تعالى (فان جاؤك فاحكم

(٧) هكذا بالأصول ولينظر ما معناه اهـ مصححه

بينهم أو أعرض عنهم) وبهذا تمسك من رأى الخيار ومن أوجبه اعتمد قوله تعالى (وأن احكم بينهم) ورأى ان هذا ناسخ لآية التخيير وأما من رأى وجوب الحكم عليهم وان لم يترافعوا فانه احتج باجماعهم على أن الذمى اذا سرق قطعت يده

(الباب الخامس)

وأما كيف يقضى القاضى فانهم أجمعوا على أنه واجب عليه أن يسوى بين الخصمين فى المجلس وألا يسمع من أحدهما دون الآخر وأن يبدأ بالمدعى فيسأله البينة ان أنكر المدعى عليه وان لم يكن له بينة فان كان فى مال وجبت اليمين على المدعى عليه باتفاق وان كانت فى طلاق أو نكاح أو قتل وجبت عند الشافعى بمجرد الدعوى وقال مالك لا تجب الا مع شاهد واذا كان فى المال فهل يحلفه المدعى عليه بنفس الدعوى أم لا يحلفه حتى يثبت المدعى الخلطة اختلفوا فى ذلك فقال جمهور فقهاء الأمصار اليمين تلزم المدعى عليه بنفس الدعوى لعموم قوله عليه الصلاة والسلام من حديث ابن عباس البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه وقال مالك لا تجب اليمين الا بالمخالطة وقال بها السبعة من فقهاء المدينة وعمدة من قال بها النظر الى المصلحة لكيلا يتطرق الناس بالدعاوى الى تعنيت بعضهم بعضا واذاية بعضهم بعضا ومن هنا لم ير مالك احلاف المرأة زوجها اذا ادعت عليه الطلاق الا أن يكون معها شاهد وكذلك احلاف العبد سيده فى دعوى العتق عليه والدعوى لا تخلو أن تكون فى شئ فى الذمة أو فى شئ بعينه فان كانت فى الذمة فادعى المدعى عليه البراءة من تلك الدعوى وان له بينة سمعت منه بينته باتفاق وكذلك ان كان اختلاف فى عقد وقع فى عين مثل بيع أو غير ذلك وأما ان كانت الدعوى فى عين وهو الذى يسمى استحقاقا فانهم اختلفوا هل تسمع بينة المدعى عليه فقال أبو حنيفة لا تسمع بينة المدعى عليه الا فى النكاح وما لا يتكرر وقال غيره لا تسمع فى شئ وقال مالك والشافعى تسمع أعنى فى أن يشهد للمدعى بينة المدعى عليه انه مال له وملك فعمدة من قال لا تسمع ان الشرع قد جعل البينة فى حيز المدعى واليمين فى حيز المدعى عليه فوجب أن لا ينقلب الأمر وكان ذلك عندهما عبادة وسبب الخلاف هل تفيد بينة المدعى عليه معنى زائدا على كون الشئ المدعى فيه موجودا بيده أم ليست تفيد ذلك فمن قال لا تفيد معنى زائدا

قال لا معنى لها ومن قال تفيد اعتبرها فاذا قلنا باعتبار بينة المدعى عليه فوقع التعارض بين البينتين ولم تثبت احداهما أمر زائدا مما لا يمكن أن يتكرر فى ملك ذى الملك فالحكم عند مالك أن يقضى باعدل البينتين ولا يعتبر الأكثر وقال أبو حنيفة بينة المدعى أولى على أصله ولا تترجح عنده بالعدالة كما لا تترجح عند مالك بالعدد وقال الاوزاعى تترجح بالعدد واذا تساوت فى العدالة فذلك عند مالك كلا بينة يحلف المدعى عليه فان نكل حلف المدعى ووجب الحق لان يد المدعى عليه شاهدة له ولذلك جعل دليله أضعف الدليلين أعنى اليمين وأما اذا أقر الخصم فان كان المدعى فيه عينا فلا خلاف انه يدفع الى مدعيه وأما اذا كان مالا فى الذمة فانه يكلف المقر غرمه فان ادعى العدم حبسه القاضى عند مالك حتى يتبين عدمه اما بطول السجن أو بالبينة ان كان متهما فاذا لاح عسره خلى سبيله لقوله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) وقال قوم يؤاجره و به قال أحمد وروى عن عمر بن عبد العزيز وحكى عن أبى حنيفة ان لغرمائه ان يدوروا معه حيث دار ولا خلاف أن البينة اذا جرحها المدعى عليه ان الحكم يسقط اذا كان التجريح قبل الحكم وان كان بعد الحكم لم ينتقض عند مالك وقال الشافعى ينتقض وأما ان رجعت البينة عن الشهادة فلا يخلو أن يكون ذلك قبل الحكم أو بعده فان كان قبل الحكم فالأكثر ان الحكم لا يثبت وقال بعض الناس يثبت وان كان بعد الحكم فقال مالك يثبت الحكم وقال غيره لا يثبت الحكم وعند مالك ان الشهداء يضمنون ما أتلفوا بشهادتهم فان كان مالا ضمنوه على كل حال قال عبد الملك لا يضمنون فى الغلط وقال الشافعى لا يضمنون المال وان كان دما فان ادعوا الغلط ضمنوا الدية وان أقروا أقيد منهم على قول أشهب ولم يقتص منهم على قول ابن القاسم

(الباب السادس)

وأما متى يقضى فنها ما يرجع الى حال القاضى فى نفسه ومنها ما يرجع الى وقت انفاذ الحكم وفصله ومنها ما يرجع الى وقت توقيف المدعى فيه وازالة اليد عنه اذا كان عينا فأما متى يقضى القاضى فاذا لم يكن مشغول النفس لقوله عليه الصلاة والسلام لا يقضى القاضى حين يقضى وهو غضبان ومثل هذا عند مالك ان يكون عطشانا

أو جائعا أو خائفا أو غير ذلك من العوارض التى تعوقه عن الفهم لكن اذا قضى فى حال من هذه الأحوال بالصواب فاتفقوا فيما أعلم على انه ينفذ حكمه ويحتمل أن يقال لا ينفذ فيما وقع عليه النص وهو الغضبان لان النهى يدل على فساد المنهى عنه وأما متى ينفذ الحكم عليه فبعد ضرب الأجل والاعذار اليه ومعنى نفوذ هذا هو أن يحق حجة المدعى أو يدحضها وهل له أن يسمع حجة بعد الحكم فيه اختلاف من قول مالك والاشهر انه يسمع فيما كان حقا لله مثل الاحباس والعتق ولا يسمع فى غير ذلك وقيل لا يسمع بعد نفوذ الحكم وهو الذى يسمى التعجيز قيل لا يسمع منهما جميعا وقيل بالفرق بين المدعى والمدعى عليه وهو اذا أقر بالعجز وأما وقت التوقيف فهو عند الثبوت وقبل الاعذار واذا لم يرد الذى استحق الشئ من يده ان يخاصم فله أن يرجع بثمنه على البائع وان كان يحتاج فى رجوعه به على البائع ان يوافقه عليه فيثبت شراءه منه ان أنكره أو يعترف له به ان أقر فللمستحق من يده أن يأخذ الشئ من المستحق ويترك قيمته بيد المستحق وقال الشافعى يشتريه منه فان عطب فى يد المستحق فهو ضامن له وان عطب فى أثناء الحكم ممن ضمانه اختلف فى ذلك فقيل ان عطب بعد الثبات فضمانه من المستحق وقيل انما يضمن المستحق بعد الحكم وأما بعد الثبات وقبل الحكم فهو من المستحق منه. قال القاضى رضى الله عنه وينبغى أن تعلم ان الاحكام الشرعية تنقسم قسمين قسم يقضى به الحكام وجل ما ذكرناه فى هذا الكتاب هو داخل فى هذا القسم وقسم لا يقضى به الحكام وهذا أكثره هو داخل فى المندوب اليه وهذا الجنس من الأحكام هو مثل رد السلام وتشميت العاطس وغير ذلك مما يذكره الفقهاء فى أواخر كتبهم التى يعرفونها بالجوامع ونحن فقد رأينا ان نذكر أيضا من هذا الجنس المشهور منه ان شاء الله تعالى وينبغى قبل هذا أن تعلم ان السنن المشروعة العملية المقصود منها هو الفضائل النفسانية فمنها ما يرجع الى تعظيم من يجب تعظيمه وشكر من يجب شكره وفى هذا الجنس تدخل العبادات وهذه هى السنن الكرامية ومنها ما يرجع الى الفضيلة التى تسمى عفة وهذه صنفان السنن الواردة فى المطعم والمشرب والسنن الواردة فى المناكح ومنها ما يرجع الى طلب العدل والكف عن الجور فهذه هى أجناس السنن التى تقتضى العدل فى الاموال.

والتى تقتضى العدل فى الابدان وهذا الجنس يدخل القصاص والحروب والعقوبات لان هذه كلها انما يطلب بها العدل ومنها السنن الواردة فى الاعراض ومنها السنن الواردة فى جميع الاموال وتقويمها وهى التى يقصد بها طلب الفضيلة التى تسمى السخاء وتجنب الرذيلة التى تسمى البخل والزكاة تدخل فى هذا الباب من وجه وتدخل أيضا فى باب الاشتراك فى الاموال وكذلك الامر فى الصدقات ومنها سنن واردة فى الاجتماع الذى هو شرط فى حياة الانسان وحفظ فضائله العملية والعلمية وهى المعبر عنها بالرياسة ولذلك لزم أيضا أن تكون سنن الأئمة والقوام بالدين ومن السنة المهمة فى حين الاجتماع السنن الواردة فى المحبة والبغضة والتعاون على اقامة هذه السنن وهو الذى يسمى النهى عن المنكر والأمر بالمعروف وهى المحبة والبغضة أى الدينية التى تكون امامن قبل الاخلال بهذه السنن واما من قبل سوء المعتقد فى الشريعة وأكثر ما يذكر الفقهاء فى الجوامع من كتبهم ماشذ عن الأجناس الأربعة التى هى فضيلة العفة وفضيلة العدل وفضيلة الشجاعة وفضيلة السخاء والعبادة التى هى كالشروط فى تثبيت هذه الفضائل كمل كتاب الأقضية وبكماله كمل جميع الديوان والحمد لله كثيرا على ذلك كما هو أهله

﴿ يقول الفقير اليه تعالى مصطفى أبو سيف الحمامى أحد علماء الأزهر الشريف ورئيس لجنة التصحيح بمطبعة الشيخ الجليل (مصطفى البابى الحلبى وأولاده) بمصر المحروسة ﴾

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ﴿ أما بعد ﴾ فقيمة كل شئ منوطة بمبلغ قيامه بالمنفعة التى من أجلها خلق . فيعظم الشئ وتغلو قيمته اذا ترتبت عليه آثاره المقصودة منه . ويشتد عظمه وتشرئب اليه الأعناق وتصبوا اليه النفوس اذا نبغ فى احسان وظيفته التى خصص لأدائها فى هذا الوجود

وأن المقصود من الانسان فى هذا العالم انما هو خدمة الله تعالى وهذه الخدمة تارة تكون باطنية وتلك هى معرفة الله والعمل على نقاء القلب من موبقات الأخلاق وتارة تكون ظاهرية وهذا خاص وعام فالخاص العمل القاصر على الانسان الذى لايعدوه الى غيره كصلاته وصيامه وذكره بأى نوع كان وأما العام فهو ما كان مقصودا به منفعة سوى العامل كتفريج الكروب عن المكروبين والعطف بالصدقات على الأيتام والمساكين وبالجملة فهو كل عمل ينفع مخلوقا لله تعالى فى أى حال من أحواله دنيا أوأخرى . وان أنفع احسان يصدر من انسان ما كان الى انسان مؤمن فاذا كان هذا الاحسان يتعلق بحياة الأرواح زادت قيمته عند الله تعالى فاذا كان هذا عاما لكل الناس لايخص فردا دون فرد عظم قدره عظما لا يعرف قدره الارب العالمين

وان بين يدينا الآن كتابا يتجلى فيه كل هذا المعنى بأجلى مظاهره ذلك هو كتاب (بداية المجتهد ونهاية المقتصد) ذلك الكتاب الذى شرح لنا ديننا شرحا ليس عليه من مزيد وأبان لنا بأبسط عبارة وأوضحها وأوجزها مذاهب الائمة المشهورين وغير المشهورين وعلمنا كيف استنبط كل امام من الادلة الشرعية ماذهب اليه فأصبحت مذاهب الائمة بين يدينا مبينة أتم بيان لا فرق بين مشهورة ومهجورة وذلك بفضل هذا الكتاب الفذ

مؤلف هذا الكتاب ملأ اسمه الدنيا شرقا وغربا شمالا وجنوبا مقرونا بالاعجاب به وبأنه الرجل الذى بلغ فى الفلسفة والعلوم العقلية مبلغا هو اعجوبة العالم وانه كيف وصل اليه

عرفنا ابن رشد انه عالم الدنيا فى تلك العلوم التى يقصر العمر مهما طال عن أن يوصل الى بعض ماوصل ابن رشد فيها وما كان يخطر ببالنا ولا يقع فى وهمنا أن الرجل حفظ لنفسه هذا المركز بعينه فى علوم الدين فغدا بين العلماء بالشريعة العالم الفذ الذى لايحلم رجل غيره بفعل ماصنعه هذا الرجل العظيم فى كتابه هذا

وبناء عليه يصح لنا أن نجهر بصوتنا عاليا أن (محمد بن أحمد) الشهير (بابن رشد) أمام خدم عباد الله تعالى خدمة لها حظ عظيم فى حياة أرواحهم لافرق بين محيى العلوم العقلية أوالشرعية وهو أثر لاينتظر المزيد عليه من مثله فحق ابن رشد أن يتمثل بقول من يقول

أيا لائمى دعنى أغالى بقيمتى * فقيمة كل الناس مايحسنونه

والى محيى التبحر فى علوم الشريعة بل الى التواقين الى الاجتهاد وكيف يكون نزف (بداية المجتهد) طالبين منهم أن يدعو للشيخ الجليل (مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر) حيث خدموا الامة الاسلامية بطبع هذا الكتاب بمطبعتهم المعروفة الكائن مركزها بسراى نمرة ١٢ بشارع التبليطه

بجوار الازهر الشريف ووافق تمام طبعه

اليوم الثانى عشر من شهر ذى القعدة

سنة ١٣٣٩ من هجرة

النبى عليه الصلاة

والسلام



﴿وعند تمام طبعه الأول قرظه حضرة الأديب الإستاذ الشيخ محمد أحمد عرفة بهذه الكلمة فأحببنا اثباتها فى هذا المكان حرصا على محاسنها ونشرا لعاق مكانتها وهى﴾

الى الحكيم الراقد فى جدثه الهانئ بضجعة تحفه مسجة من النور الالهى وعليه حارس من المهابة وسياج من الاجلال * أهدى غاديات من الدعوات واستمطر له وابلا من صيب الرحمات لله أنت أيتها الروح الخالدة العائدة الى محلها الارفع فقد هبطت علينا من عالمك العالى وطلعت علينا طلوع القمر على خابط ليل ضل السبيل وخانه الدليل طلعت والهدى فكنت كالغيث أصاب أرضا قابلة فأنبتت الكلأ والعشب وأصاب منها الكثير * أقمت فينا ماشاء الله أن تقومى وخلفت لك آثارا جعلت لك مقعد صدق فى كل نفس ثم عدت سيرتك الاولى * بسم الله مجراك ومرساك وطلوعك ومأواك وتأويبك ومسراك أى جو حواك وأى آمال وسعتك وأى جسم تحمل ماترومين

وإذا كانت النفوس كبارا * تعبت فى مرادها الاجسام

بينا نراك بين يدى فيثاغورس وأرسطو قد حنت عليك الحكمة وأرضعتك أفاويقها وأعلتك درها وانهلتك خيرها فلا يظن أنك تعلمين غيرها اذا أنت وقد وضعتك الشريعة بين الحشا والفؤاد وسهلت لك حزونها ووردت منهلا عذبا زاخرا عبابه وسائغا شرابه وهذا كتابك قد خالط أجزاء النفس وهش اليه الحس فهو الحق الا أنه حكم قد ضمن الدر الا أنه كلم

أنزه فى رياض العلم نفسى * وأغدو فى مسارحها وأمسى
أمتع ناظرى فيما حوته * وأقطف زهره من كل غرس
وأحسن من كؤس الراح عندى * ومن خد الظباء خدود طرس
وقد ردت الرياض فشمت روضا * به قد غبت عن نفسى وحسى
كأن خلال أسطره بحارا * تدفق بالمعارف بعد رمسى
كتاب حاكه فكر (ابن رشيد) * وأخرج آية فى كل درس
ومزق من ظلام الشك ثوبا * كما طرد الدجنة ضوء شمس

محمد أحمد عرفة


Bibliotheca Alexandrina
03382596